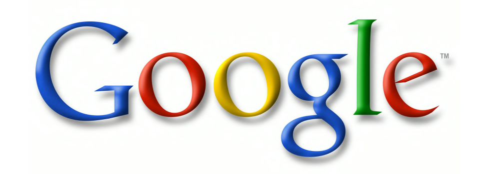

Google


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TS

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE

L'ACTION DE DOL

DROIT FRANÇAIS

DU CONFLIT DES LOIS

EN CE QUI CONCERNE LA SUBSTANCE

DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

A. BOSSION

Avocat à la Cour d'appel de Paris

PARIS

L. LAROSE ET FORCEL

Libraires-Éditeurs

22, RUE SOUFFLOT, 22

1884

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE
LVX VITAM
BAR-LE-DUC

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE L'ACTION DE DOL

DROIT FRANÇAIS

DU CONFLIT DES LOIS EN CE QUI CONCERNE LA SUBSTANCE DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'acte public sur les matières ci-après sera présenté et soutenu le Mardi 17 Juin 1884, à neuf heures et demie

PAR

A. BOSSION
Avocat à la Cour d'appel de Paris

PRÉSIDENT : M. BUFNOIR

SUFFRAGANTS
MM. BATBIE, RENAULT — PROFESSEURS
LAINÉ, MICHEL, LEON — AGRÉGÉS

Le Candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement

PARIS
L. LAROSE ET FORCEL
Libraires-Éditeurs
22, RUE SOUFFLOT, 22

1884

DROIT ROMAIN.

DE
L'ACTION DE DOL.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE.

NOTIONS GÉNÉRALES ET HISTORIQUES.

L'action de dol est un des moyens imaginés par les jurisconsultes romains pour réprimer la fraude, pour faire régner l'équité dans les rapports juridiques. Il ne nous paraît pas possible d'étudier avec fruit l'action de dol, d'en exposer les règles avec quelque clarté, si, au préalable, nous n'avons indiqué rapidement quelle est la nature du dol, quelle idée en ont eue les jurisconsultes romains, dans quelles hypothèses il peut se produire, et quelles voies de droit ont été imaginées pour arriver à sa répression.

Il peut sembler à première vue que la notion du dol soit plus large, plus compréhensible en droit romain

qu'en droit français. Il n'en est rien cependant. Il est vrai que le Code civil ne prononce le mot dol qu'à propos des contrats; à ce point de vue, il l'envisage comme un vice du consentement qui affecte les actes juridiques volontaires. Dans cette hypothèse, le dol est produit par des manœuvres, au moyen desquelles on fait naître l'erreur dans l'esprit d'une personne, pour l'amener à accomplir un acte juridique volontaire, à conclure une convention. Mais le champ d'application du dol n'est pas limité en droit français aux seuls actes volontaires; le code organise la répression de toute espèce de dol en rangeant dans les délits civils toutes les hypothèses dans lesquelles un préjudice a été causé de mauvaise foi à un tiers; ces délits civils, ces faits de dol donnent lieu à une réparation pécuniaire en vertu des articles 1382 et suivants.

Toutefois il importe, à plusieurs points de vue, de distinguer ces deux espèces de dol, au point de vue de la nature des faits constitutifs du dol. Il n'est possible de déterminer un tiers à réaliser un acte juridique qu'au moyen de faits actifs de dol. Lorsqu'au contraire il s'agit de tout autre dommage causé de mauvaise foi, on conçoit que l'auteur du dol n'ait pas eu besoin de recourir à un fait actif; une simple réticence a pu lui suffire. Cette différence entre ces deux espèces de dol se manifeste encore au point de vue de la réparation du préjudice causé. Lorsque le dol a eu pour effet de déterminer un acte juridique, de vicier le consentement, la réparation consiste naturellement dans l'annulabilité de la convention qui en a été la suite. Lorsqu'au contraire le dol a constitué un simple délit civil, lorsqu'il n'a pas été la cause déterminante d'un acte volontaire, la réparation

ne peut plus consister qu'en des dommages-intérêts alloués par les tribunaux. Nous allons voir que les jurisconsultes romains, au moment où fut créée l'action *de dolo*, se préoccupaient surtout du dol qui a eu pour conséquence l'accomplissement d'un acte juridique volontaire. On pouvait alors en donner la définition qu'on en donne aujourd'hui, en commentant l'article 1109 du Code civil, et dire que le *dol comprend toutes les manœuvres employées dans le but de faire naître l'erreur dans l'esprit d'une personne pour la déterminer à accomplir un acte juridique volontaire*. Mais plus tard, les prudents ont eu du dol une conception plus large.

Les différentes définitions que donnent du dol les jurisconsultes romains nous montrent que leur doctrine a varié sur ce point. Elles nous indiquent l'existence au sujet du dol d'une de ces évolutions juridiques dont la législation romaine offre de si nombreux exemples.

La première définition que nous rencontrons a été conservée par Cicéron; elle est l'œuvre de son ami, le préteur Aquilius Gallus, le magistrat éminent qui créa l'action de dol. Voici en quels termes Cicéron rapporte, dans son traité *De officiis* (lib. III, cap. XIV) et approuve la définition du préteur : « *Cum ex Aquilio quæreretur, quid esset dolus malus, respondebat : cum esset aliud simulatum, aliud actum. Hoc quidem sane luculente, ut ab homine perito definiendi.* »

D'après cette définition, le dol se confondait avec la simulation. Aquilius dit, en effet, qu'il consiste à simuler une chose et à en faire une autre. Cette simulation doit avoir pour but de tromper un tiers; cela était évidemment sous-entendu dans la définition d'Aquilius. Cette dernière notion se trouve exprimée dans une autre défi-

nition à peu près analogue contenue dans le Digeste et qu'Ulpien attribue à Servius Sulpicius : « *Dolum malum Servius quidem ita definit, machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur* » (loi 1, § 2, lib. IV, tit. III). L'intention de tromper un tiers est formellement exigée pour qu'il y ait dol : *decipiendi alterius causa*. Il est évident d'ailleurs que ces manœuvres doivent avoir pour but d'amener le tiers qui en est victime à accomplir un acte juridique; on ne peut pas reprocher à ces définitions d'omettre une condition du dol, elle est sous-entendue. Le dol ne donne lieu à une réparation que lorsqu'il a déterminé celui contre lequel il a été dirigé à donner un consentement à un acte juridique.

Un reproche beaucoup plus grave peut être adressé aux définitions de Servius Sulpicius et d'Aquilius Gallus. Ces deux jurisconsultes ont confondu le dol et la simulation. Le plus souvent, il est vrai, le dol qui amène un tiers à conclure un acte juridique, consiste en une simulation. Il semble même difficile de concevoir que le dol puisse exister sans qu'il y ait simulation, lorsqu'il exige pour sa réalisation le concours même de la personne qui doit en être la victime. Prenons, par exemple, le cas où je veux par mon dol essayer de vous déterminer à répudier une hérédité opulente; pour cela le concours de votre volonté est absolument indispensable. Afin d'arriver à mon but, je dois vous circonvenir, vous induire en erreur, et vous arracher ainsi votre consentement. Dans cette hypothèse, le dol se confond nécessairement avec la simulation. Il me sera impossible de vous amener à répudier cette hérédité avantageuse, si je n'use pas de la simulation, si, par exemple,

je n'arrive à vous persuader que cette succession est grevée de dettes considérables, qui en réalité n'existent pas. Mais il y a d'autres hypothèses où le dol peut se rencontrer sans qu'il y ait simulation, même lorsque les manœuvres dolosives ont pour but d'obtenir le consentement d'un tiers. Supposons deux parties en présence et cherchant à réaliser entre elles une convention. L'une d'elles veut tromper l'autre et lui arracher son consentement. Ne pourra-t-elle y arriver que par la simulation? Non, une simple réticence peut suffire pour arriver à ce but. Le contrat de vente va nous en fournir un exemple. Nous sommes en pourparlers : je veux vous vendre un cheval, et vous croyez qu'il possède des qualités qu'en réalité il ne possède pas; je commettrai un dol envers vous sans faire aucune simulation, si je vous laisse simplement dans l'erreur où vous êtes. Il n'est point nécessaire pour qu'il y ait dol que ce soit moi qui aie fait naître l'erreur dans votre esprit; il suffit que je ne l'aie point dissipée alors que j'en connaissais l'existence.

Dans cette hypothèse, il n'y a pas simulation. Pour cela, il faudrait que j'eusse employé des manœuvres, paroles ou actions tendant à vous faire croire à l'existence de qualités que mon cheval ne possède pas, et cependant bien que je me sois contenté de me taire, afin de vous laisser dans l'erreur, on ne peut pas dire que je n'ai pas commis un dol.

Le dol peut donc exister sans qu'il y ait simulation, et cela peut se présenter même dans les hypothèses où le dol ne peut se réaliser qu'avec le concours de la personne qui en doit être la victime. Il n'est pas besoin d'insister beaucoup pour montrer que le dol peut exister

très fréquemment sans simulation dans tous les cas où l'auteur du dol peut arriver à son but sans avoir besoin du consentement de celui auquel son dol doit causer un préjudice. Tel est, par exemple, le cas du nu-propriétaire qui veut affranchir son terrain de l'usufruit, et qui dans ce but change la nature du terrain grevé d'usufruit, qui construit une maison sur un terrain planté de vignes. Par ce seul fait l'usufruit est éteint (l. 5, § 3 : *Quibus modis usuf.*, VII, IV) et (l. 9, *Si servitus vind.*, VIII, V). Le nu-propriétaire a commis un dol envers l'usufruitier sans avoir recours à la simulation.

On le voit, les définitions d'Aquilius Gallus et de Servius Sulpicius n'étaient pas d'une exactitude irréprochable; aussi Labéon avait-il raison de les critiquer et de dire que l'on peut commettre un dol sans recourir à la simulation. De même la simulation peut exister en dehors de tout dol. Il en est ainsi lorsque la simulation n'a pas pour but de faire accomplir un acte juridique, de causer préjudice à un tiers. Tel est, par exemple, le cas où l'on trompe un ami pour lui rendre service.

Labéon, après avoir ainsi critiqué les définitions précédentes, en propose une qui est approuvée par Ulpien et dans laquelle le dol et la simulation ne se trouvent plus confondus. « *Itaque*, nous dit Ulpien, *Labeo sic definit, dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum fallendum, decipiendum alterum adhibitam* » (loi 1, § 2, lib. IV, titre III). Le dol consiste donc, d'après Labéon, dans toute ruse, toute fourberie, toute manœuvre employée pour circonvenir, frustrer ou tromper un tiers.

Cette définition a l'avantage d'être plus complète que celle de Servius Sulpicius; elle comprend tous les cas

dans lesquels le dol peut se produire; elle embrasse à la fois le dol négatif et le dol positif. Nous n'insisterons pas sur cette distinction, qui n'offre pas d'intérêt pratique, et qui n'est utile que pour arriver à une définition complète du dol. En revanche, la définition de Labéon a l'immense inconvénient d'être très vague et de ne rien préciser. Aussi le jurisconsulte Paul a-t-il renoncé à donner une définition du dol; il déclare que le point de savoir s'il y a dol est une question de fait, *sed an dolo quid factum sit,* ex *facto intelligitur* (l. 1, § 2, *De doli mali et metus except.,* XLIV, IV). Paul n'était pas aussi éloigné qu'on pourrait le croire de la doctrine de Labéon, car la définition si vague de ce dernier se réduit presque à dire que le dol est une question de fait. L'évolution juridique que nous avions signalée s'est accomplie; la notion du dol s'est élargie; à l'origine, le dol ne comprenait que les manœuvres destinées à déterminer une personne à accomplir un acte juridique. Depuis Labéon, le mot dol s'applique à toutes les ruses, à toutes les manœuvres qui ont pour but de tromper une personne, de lui causer un préjudice. Il comprend alors ce que nous appelons en droit français les délits civils (art. 1382 et suiv.).

Le dol qu'ont cherché à définir les jurisconsultes romains est appelé dans les textes *dolus malus;* cette qualification ajoutée au mot dol nous indique qu'il existait dans la jurisprudence romaine des distinctions entre diverses sortes de dols; nous devons les exposer, au moins sommairement, pour la clarté de nos développements sur l'action du dol.

A l'époque d'Ulpien, le mot *dolus* était synonyme de *dolus malus* (l. 1, § 3, *De dolo malo);* mais plus an-

ciennement, il n'en était pas ainsi; le mot *dolus* n'avait pas toujours le sens défavorable que nous lui attachons aujourd'hui; il n'avait pas par lui-même de signification bien nette et bien précise. Aussi avait-on coutume de le faire suivre d'une épithète servant à en préciser le sens; on disait *dolus bonus* ou *dolus malus*. C'est ce que nous apprend Ulpien dans le texte précité où il commente l'édit du préteur : « *Non fuit autem contentus prætor dolum dicere, sed adjecit malum; quoniam veteres dolum etiam bonum dicebant.* » Il y a *dolus bonus*, toutes les fois que la ruse, la finesse n'ont pas été employées dans le but de porter préjudice à un tiers, de blesser l'équité. C'est à ce *dolus bonus* que Labéon faisait allusion, lorsque dans la loi 1, § 2, *De dolo malo*, il disait qu'il pouvait y avoir simulation sans qu'il y eût dol : « *Posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari; sicuti fuerunt, qui per ejusmodi dissimulationem deserviant, et tuentur vel sua, vel aliena.* » Tel est, ainsi que nous l'avons déjà dit, le cas où l'on trompe un ami afin de lui rendre service.

On peut encore ranger dans le *dolus bonus* les détours, les subtilités de procédure, lorsqu'on les emploie pour faire prévaloir l'équité. Nous en trouvons un exemple dans la loi 19, § 3, *De negotiis gestis;* voici l'hypothèse que prévoit Paul : en mon absence vous gérez mes affaires et vous achetez d'un tiers pour votre propre compte une chose qui m'appartient, mais vous ignorez le fait; si avant d'avoir achevé l'usucapion, vous apprenez que cette chose est ma propriété, vous devez alors prier un tiers d'intervenir en mon nom et d'agir en revendicateur contre vous, afin de donner ouverture à votre action en garantie contre votre vendeur. Paul décide qu'en

simulant cette éviction vous ne commettez pas un *dolus malus* dont votre vendeur puisse exiger réparation. C'est donc un cas de *dolus bonus.*

Doit-on faire aussi rentrer dans le *dolus bonus* les ruses et artifices d'usage entre vendeur et acheteur? Plusieurs textes les présentent comme licites, notamment la loi 16, § 4, *De minoribus viginti quinque annis* (IV, IV) dans laquelle Ulpien nous dit : « *In pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.* » Nous croyons que par ce mot *licere,* Ulpien a simplement voulu dire que ces procédés étaient tolérés, bien qu'ils ne soient pas conformes à la pure équité : *Non omne quod licet honestum est* (Paul, loi 144, *De regulis juris,* lib. L, titre XVII). On tolère ces procédés parce que le préteur, ainsi que nous le verrons bientôt, n'accorde l'action de dol que dans le cas où le dol était grave : *de minimis non curat prætor.* Cette distinction n'a guère qu'un intérêt historique. Le préteur n'a jamais cherché à réprimer que le *dolus malus.* Désormais donc, lorsque nous parlerons du dol, ce sera toujours du *dolus malus* qu'il sera question. Nous connaissons maintenant le dol en lui-même, voyons quels en sont les effets, et recherchons pourquoi et dans quels cas le préteur eut besoin d'intervenir pour venger l'équité.

Le dol par lui-même n'est pas une cause de nullité des actes qu'il entache; nous avons dit au début de ces explications qu'il agit directement sur l'intelligence en produisant l'erreur, et indirectement seulement sur la volonté qui est simplement déterminée par cette erreur, mais qui n'en existe pas moins : *deceptus voluit, sed voluit.* Les actes entachés de dol ne sont pas nuls par absence de consentement, puisque la volonté n'a pas été

supprimée, mais influencée; ils produisent tous leurs effets. C'est alors que le préteur intervient et accorde à la partie lésée divers recours au nombre desquels se trouve l'action de dol.

Toutefois l'intervention du préteur n'est pas nécessaire pour réprimer le dol dans toutes les hypothèses où il peut se produire. Dans un certain nombre de cas, la partie lésée trouve dans le droit civil lui-même une arme pour repousser le dol, un moyen d'obtenir la réparation du préjudice qui lui a été causé.

Nous allons d'abord examiner sommairement les hypothèses dans lesquelles le dol se trouve réprimé par le droit civil lui-même. Puis nous indiquerons quelques-unes de celles où la victime du dol ne trouvait dans la loi civile aucune arme, aucun secours, et dans lesquelles le préteur a dû intervenir. Nous signalerons ensuite quels moyens ce magistrat a imaginés pour la répression du dol, et nous rechercherons enfin quel est l'ordre et quelle est la date probable de la création de ces divers recours prétoriens.

Cicéron nous indique dans son traité *De officiis* (III, XV) les principales hypothèses dans lesquelles la répression du dol est l'œuvre du droit civil et remonte à une époque antérieure aux innovations d'Aquilius Gallus : « *Atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut tutela XII Tabulis, et circumscriptio adolescentium lege Plætoria; et sine lege judiciis, in quibus additur, ex fide bona.* » Dans un autre de ses ouvrages, l'éminent orateur énumère ces *judicia bonæ fidei,* dans lesquels le dol se trouvait réprimé (Cicéron, *De natura deorum,* III, XXX) : « *Inde tot judicia de fide mala, tutelæ, mandati, pro socio, fiduciæ, reliqua, quæ ex empto, aut*

vendito, aut conducto, aut locato contra fidem fiunt : Inde judicium publicum rei privatæ lege Plætoria. »

Une des actions visées par Cicéron dans le texte précité, c'est l'action créée par la loi Plætoria. Ce plébiscite, dont la date est inconnue, mais qui paraît remonter au VIe siècle de Rome, accordait une action aux mineurs de vingt-cinq ans frauduleusement trompés (*circumscripti*) par un tiers. Cette loi investissait le mineur lésé d'une action infamante contre l'auteur du dol, action que Cicéron appelle *publicum judicium rei privatæ,* et qui appartenait non-seulement au mineur victime du dol, mais à tous les citoyens. En outre cette loi permettait vraisemblablement au mineur trompé d'opposer la nullité de son engagement au moyen d'une exception, et peut-être même au moyen d'une action. Toutefois ce dernier point n'est pas très certain (l. 7, § 1, *De except.,* XLIV, I). Dans cette hypothèse, le droit civil fournissait aux mineurs de vingt-cinq ans une arme contre le dol, mais cette loi dépassait son but; la protection qu'elle organisait se retournait contre les mineurs; personne ne voulait traiter avec eux, et bien qu'ils pussent se faire assister d'un curateur afin d'écarter tout soupçon de fraude, néanmoins le vide se faisait autour d'eux en raison de cette protection excessive. Aussi, lorsque le préteur eut créé l'action et l'exception de dol, les mineurs de vingt-cinq ans eurent-ils avantage à rentrer dans le droit commun et à user de ces voies de recours générales.

La plus importante des hypothèses prévues par Cicéron est celle des actions personnelles nées des contrats de bonne foi et dans lesquelles le juge avait le pouvoir de réprimer le dol des parties. Ce pouvoir lui était conféré par la formule de ces actions qui contenait les mots : *ex*

fide bona, melius æquis, etc. Ces actions échappaient ainsi au formalisme si rigoureux du *strictum jus.* Le juge nommé pour statuer sur ces actions devait donner satisfaction à l'équité. Il devait apprécier la bonne ou la mauvaise foi des parties.

Ces actions de bonne foi sanctionnaient des faits juridiques de deux natures différentes, ainsi que cela résulte de l'énumération que nous en donne Justinien aux *Institutes* (Instit., *De actionibus,* IV, VI, § 28) : « *Bonæ fidei (actiones) sunt hæ : ex empto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelæ, commodati, pigneratitia, familiæ erciscundæ, prescriptis verbis quæ de estimato proponitur, et ea quæ ex permutatione competit, et hereditatis petitio.* » On le voit, ces actions naissaient à la suite des contrats de bonne foi et de certains quasi-contrats. Nous devons donc dire quelques mots de l'influence du dol sur les contrats de bonne foi.

Lorsqu'un contrat de bonne foi n'a pas encore reçu son exécution, la partie victime du dol n'a qu'à ne pas exécuter le contrat, qu'à attendre les poursuites de son adversaire, et alors, comme le juge doit tenir compte de la mauvaise foi des contractants dans un *judicium bonæ fidei,* elle repoussera l'action de son adversaire en invoquant le dol dont il s'est rendu coupable. Elle obtiendra ainsi le même résultat que si elle lui opposait l'exception de dol : « *Exceptio doli inest bonæ fidei judiciis* » (loi 21, *Soluto matrimonio,* XXIV, III).

Toutefois, il est important de faire une distinction capitale au point de vue de la réparation du dol : les commentateurs distinguent le dol principal et le dol incident; lorsque le dol a été la cause déterminante du contrat,

lorsqu'il y a eu *dolus causam dans,* la réparation du dol doit consister dans l'annulation du fait juridique accompli. Lorsqu'au contraire il n'y a eu que dol incident, lorsque l'on peut croire que la partie victime du dol aurait consenti au contrat si elle avait su déjouer les manœuvres dolosives, mais sous des conditions différentes, dans ce cas le dol pourra être maintenu. Le dol sera suffisamment réprimé par une exécution partielle du contrat, dont l'auteur du dol devra se contenter.

Supposons, par exemple, que par des artifices un individu est arrivé à vendre à un autre un esclave à un prix au-dessus de sa valeur réelle, en lui faisant croire à l'existence, chez cet esclave, de qualités qu'il ne possédait réellement pas; l'acheteur pourra lui opposer une exception lorsqu'il lui réclamera le prix en justice, et le juge tenant compte du dol du vendeur diminuera la condamnation de l'acheteur, ne le condamnera qu'à payer une partie du prix, lui permettant de garder le reste comme réparation du préjudice à lui causé par le dol.

Cette distinction entre le dol principal et le dol incident a la même importance lorsque le contrat a reçu son exécution. En nous plaçant dans l'hypothèse du dol incident que nous venons de prévoir, si l'acheteur a exécuté le contrat, s'il a payé le prix au vendeur, il pourra agir contre lui par l'action *empti,* pour obtenir la restitution d'une partie du prix qu'il a payé (loi 13, § 4, *De act. empti,* XIX, I).

Au contraire, si le dol a été *causam dans,* la réparation consistera dans l'annulation du contrat; s'il n'a pas été exécuté, la victime du dol poursuivie par le demandeur refusera d'exécuter son obligation en se prévalant du dol de son adversaire. Si le contrat a été exécuté,

la partie lésée par le dol agira par l'action même du contrat, et le juge dans son *arbitrium* imposera à l'auteur des manœuvres dolosives de rétablir les choses dans l'état où elles étaient avant le contrat, s'il veut éviter la condamnation infamante. L'action née du contrat de bonne foi suffit pour arriver à la répression du dol, car ce contrat renferme implicitement la clause *dolum abesse abfuturumque* comme conséquence de la *bona fides*. Rien de plus naturel alors que l'action même du contrat serve à obtenir réparation du préjudice causé par le dol.

Prenons pour exemple de dol principal dans un contrat de bonne foi l'hypothèse célèbre rapportée par Cicéron dans un passage de son traité *De officiis*, (III, XIV) qui fixe la date de la création de l'action de dol par Aquilius Gallus. Un chevalier romain, du nom de Canius, homme d'esprit et fort lettré, était allé habiter Syracuse. Il répétait partout qu'il voulait acheter des jardins afin d'y vivre avec ses amis loin des importuns. Un banquier de Syracuse nommé Pythius apprend cette nouvelle; il lui offre ses jardins pour en jouir comme s'ils lui appartenaient, et il l'invite même à venir dîner le lendemain. Pythius, usant de son influence sur les pêcheurs du voisinage, les réunit et leur dit de venir tous pêcher le lendemain devant ses jardins. Lorsque Canius se rend à l'invitation du banquier, il voit un grand nombre de barques et tous les pêcheurs qui viennent apporter aux pieds de Pythius le produit de leur pêche. Comme il s'étonne de voir tant de barques et de poissons, Pythius lui répond qu'il n'y a là rien d'extraordinaire, que les pêcheurs ne sauraient se passer de sa maison et que tout le poisson de Syracuse est ici. Canius demande alors à Pythius de lui vendre sa maison; celui-ci refuse d'abord, puis consent à la lui

vendre toute meublée. Heureux de son acquisition, Canius veut en faire jouir ses amis; il les invite pour le lendemain, mais à son arrivée il n'aperçoit pas une seule barque. Il demande si ce serait un jour de fête pour les pêcheurs; un voisin lui répond que jamais on ne pêche ici, et qu'il ne sait pas pourquoi tous les pêcheurs s'y étaient rencontrés la veille.

Il y avait dans les manœuvres de Pythius un *dolus malus dans causam contractui;* si donc il n'était intervenu entre les parties qu'un simple contrat de vente, Canius aurait pu exiger la réparation du préjudice à lui causé par le dol de son vendeur. Si le prix n'était pas payé, il aurait pu repousser l'action *venditi* de Pythius, et faire considérer le contrat comme nul; et même après l'exécution du contrat, après le paiement du prix, il aurait pu lui en demander la restitution au moyen de l'action *ex empto,* car Pythius avait manqué à l'une des obligations imposées au vendeur d'après le texte célèbre de Paul (l. 1 pr., *De rerum permutatione,* XIX, IV); il ne s'était pas abstenu de tout dol. Le *dolus causam dans* employé par Pythius aurait permis à son acheteur de faire annuler le contrat de vente intervenu entre eux. Voici donc un cas bien saisissant où l'action de dol n'était pas nécessaire. Le dol était réprimé dans les contrats de bonne foi.

On s'est demandé si cette distinction entre le *dolus incidens* et le *dolus causam dans* était connue des Romains. Il est certain qu'elle ne se trouve pas formulée en ces termes dans les textes du Digeste. Elle est l'œuvre des premiers interprètes du droit romain, qui ont cru en trouver le fondement dans ces mots de la loi *Et eleganter :* « *Aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso*

ut venderet, circumscriptus est » (l. 7 pr., *De dolo malo*).

Mais si les jurisconsultes romains n'ont pas formulé cette distinction, ils en ont fait des applications. Ils reconnaissent que dans certains cas le dol (principal) produit l'annulation totale du contrat, et que dans d'autres le dol (incident) ne donne lieu qu'à une annulation partielle ou à des dommages-intérêts. La loi 12, § 1, *De jure dotium* (XXIII, III), est formelle en ce sens : « *Si mulier se dicat circumventam minoris rem æstimare* (dol incident) : *si quidem circum in hoc venta est quod servum dedit non tantum in hoc quod minoris æstimavit* (dol principal); *in eo acturam ut servus sibi restituatur.*

Il n'en était pas de même dans les contrats de droit strict. Dans les actions *stricti juris,* le juge était étroitement lié par les éléments matériels de ces contrats civils. Ainsi lorsque le demandeur avait stipulé dix, bien qu'il eût commis un dol envers le promettant, le juge était obligé de condamner celui-ci à dix. Il en était de même dans le *mutuum,* dans le contrat *litteris,* dans tous les contrats de droit strict. La *causa civilis,* les *verba,* la tradition ou les *litteræ* étaient la mesure des obligations du débiteur, et le juge n'avait pas le pouvoir de changer, d'augmenter ou de diminuer l'étendue de ces obligations. Il ne pouvait pas tenir compte du dol de l'une des parties.

Aussi dans l'espèce que nous venons d'étudier, le banquier Pythius, fort au courant des règles du droit civil et de la procédure, s'était-il empressé de substituer au contrat de vente intervenu entre Canius et lui un contrat de droit strict, un contrat *litteris.* Dès lors Canius était désarmé. Il ne pouvait pas exiger la réparation du préjudice que lui causait le dol de son vendeur.

L'action de dol était donc nécessaire pour réprimer le dol dans les contrats de droit strict, et c'est là une des lacunes les plus importantes que vint combler l'innovation du préteur Aquilius Gallus.

Toutefois, même dans les contrats de droit strict, les parties avaient un moyen de se prémunir contre le dol de leurs cocontractants; ainsi, dans la stipulation, le stipulant n'avait qu'à insérer dans son interrogation cette phrase : « *Dolumque malum huic rei promissionique abesse, abfuturumque* » (l. 121 pr., *De verborum oblig.*, XLV, I). Au moyen de cette *clausula doli*, qui pouvait être adjointe à tous les contrats de droit strict par une stipulation, celui qui faisait cette interrogation se forgeait une arme contre le dol de son adversaire. Cette *clausula doli* produisait des effets considérables; non-seulement elle obligeait le promettant, celui qui avait promis de s'abstenir de tout dol, à réparer le dol qu'il pouvait commettre, mais encore elle avait pour effet d'imposer cette même obligation au stipulant, du moins dans une certaine mesure. Le stipulant victime du dol de son adversaire en pouvait exiger la réparation, soit par voie d'exception, soit par l'action *ex stipulatu*.

Celui qui avait promis par stipulation de s'abstenir de tout dol, pouvait obtenir la réparation du dol que commettrait envers lui le stipulant, sans exiger de sa part une promesse réciproque, par le seul effet de la promesse qu'il avait faite lui-même. Cette *clausula doli* unilatérale avait donc pour effet de donner au contrat un certain caractère de bonne foi. Cependant, il faut remarquer qu'il n'y avait pas assimilation complète. Lorsque celui qui avait promis *dolum malum abesse abfuturumque* n'avait pas exigé du stipulant une pro-

messe identique, il ne pouvait se prémunir contre le dol de celui-ci que par voie d'exception, et avant d'avoir exécuté son obligation. Pour pouvoir revenir contre l'exécution de son obligation et agir par l'action *ex stipulatu,* il fallait que le promettant de la *clausula doli* se fût fait faire par le stipulant une promesse analogue. La *clausula doli* était donc un moyen facile pour les parties d'arriver à la répression du dol dans les contrats de droit strict. Mais il fallait que les parties eussent la précaution de l'insérer dans la stipulation, de l'ajouter aux autres contrats *stricti juris.* Faute par elles de le faire, elles étaient désarmées en face du dol de leur cocontractant. L'action de dol, malgré l'existence de la *clausula doli,* eut donc à combler une véritable lacune du droit civil.

Ce n'était pas seulement dans les contrats *bonæ fidei* et au moyen de la *clausula doli* dans la stipulation que le droit civil arrivait à la répression du dol, c'était encore au moyen d'une action civile par excellence, d'une *condictio.*

D'après M. de Savigny (*Traité de droit romain,* t. V, app. XIV), dont l'opinion nous paraît exacte, le but essentiel des *condictiones* est de suppléer à la perte de la revendication. A l'origine, la *condictio* fut la conséquence des contrats réels, mais bientôt elle put prendre naissance en dehors des contrats. Celui qui avait, sans y consentir, perdu sa propriété, avait pour la recouvrer une *condictio sine causâ* contre celui qui la lui avait fait perdre, il l'obtenait même contre un débiteur de bonne foi. Le propriétaire dépouillé avait une *condictio sine causâ* quand il n'avait consenti l'aliénation de sa chose que pour une cause fausse. Cette *condictio* s'appelait *ob rem dati* quand le propriétaire avait aliéné sa chose

dans le but d'obtenir une prestation réciproque non exécutée.

De même, on donnait une *condictio indebiti* à celui qui avait fait une dation pour éteindre une dette qui n'existait réellement pas. Le paiement de l'indû donnait naissance à une *condictio,* pourvu que celui qui l'avait reçu fût de mauvaise foi.

Ces *condictiones* étaient un puissant moyen de répression contre le dol. La *condictio sine causà* permettait d'atteindre tous les possesseurs de mauvaise foi qui étaient arrivés par leurs manœuvres dolosives à acquérir la propriété d'autrui. Ainsi, lorsque l'aliénation n'a été consentie que sur fausse cause et que l'erreur a été déterminée par les manœuvres de l'*accipiens,* la *condictio* qui permettra au *tradens* d'obtenir la restitution de la chose qu'il avait livrée *ob rem,* joue un rôle analogue à celui d'une action de dol. Les *condictiones* sortirent même de leur cadre primitif et spécialement dans le cas d'*indebitum,* une *condictio* fut donnée pour revenir non-seulement sur les dations effectuées sans cause, mais aussi sur les obligations contractées *sine causà*. Toutefois, lorsque le paiement de l'indû n'aura été obtenu par l'*accipiens* qu'au moyen de manœuvres frauduleuses, nous croyons, avec M. Accarias (*Précis de droit romain,* tome II, n° 660 et page 591, note 3), que l'*accipiens* est tenu non pas de la *condictio indebiti,* mais de la *condictio furtiva.* Il est vrai qu'il y a, sur ce point, des textes contradictoires, mais nous pensons que l'opinion d'Ulpien et de Papinien a prévalu. — L. 80, § 7, *De furtis,* XLVII, II. — L. 18, *De condict. furtiva,* XIII, I. — L. 38, § 1, *De solut.,* XLVI, III). Remarquons d'ailleurs que, du moment où il y a *furtum,* la propriété n'a pas

été transférée, et que l'*accipiens,* le voleur, est tenu de l'action en revendication, et même grâce à une fiction de la *condictio furtiva.*

La pétition d'hérédité nous fournit une hypothèse dans laquelle le dol ne fut réprimé par le droit civil qu'à une époque postérieure aux innovations d'Aquilius Gallus. Cette répression spéciale du dol fut organisée par le sénatus-consulte Juventien rendu sur la proposition de l'empereur Adrien. On sait que la *petitio hereditatis,* action *in rem,* ne peut être intentée que contre un possesseur, contre celui qui détient les choses héréditaires; on assimile même à ce point de vue aux *possessores rei* les simples *possessores juris,* c'est-à-dire ceux qui exercent un droit héréditaire autre que le droit de propriété. Or, l'expérience avait démontré la possibilité de certaines fraudes relatives à la possession. Ce sont ces fraudes que le sénatus-consulte eut pour but de réprimer. Le sénatus-consulte Juventien permit d'atteindre par la *petitio hereditatis* deux sortes de personnes qui cependant ne possèdent pas. Ce sont : 1° ceux qui ont perdu la possession par dol; 2° ceux qui, bien que ne possédant pas, se sont présentés comme possesseurs.

En vertu de ce sénatus-consulte, on peut donc diriger la *petitio hereditatis* contre celui qui a perdu la possession par son dol et qui a cru, par ce moyen, échapper à l'action. Son calcul se trouve déjoué. On considère comme ayant perdu par dol la possession, ceux qui ont abandonné frauduleusement la possession des biens héréditaires, ceux qui les ont aliénés et surtout ceux qui les ont détruits dans le but de se soustraire à l'action *in rem.* Le sénatus-consulte fait revivre la possession qu'ils ont perdue; ils sont considérés comme encore investis

de la possession vis-à-vis de l'héritier qui intente la pétition d'hérédité. C'est cette idée qu'exprime magistralement le jurisconsulte Paul dans la loi 131 *De regulis juris* (L, XVII) : « *Qui dolo desierit possidere, pro possidente damnatur; quia pro possessione dolus est*[1]. »

En second lieu, le sénatus-consulte permit d'intenter la pétition d'hérédité contre celui qui, sans être possesseur, se serait présenté comme tel, contre celui *qui se liti obtulit*. Le but de cette fraude était de permettre au véritable possesseur d'achever l'usucapion et de pouvoir plus tard répondre victorieusement à l'action réelle. Pour que la pétition d'hérédité pût être valablement dirigée contre ce *fictuspossessor,* il fallait qu'il eût persisté dans sa fraude jusqu'à la *litis contestatio*, que jusqu'à ce moment le défendeur eût continué à se dire possesseur et que le demandeur fût resté dans l'ignorance de la vérité (ll. 25, 26, 27 pr., *De rei vindicatione*, VI, I).

Cette double solution du sénatus-consulte Juventien fut étendue par la jurisprudence à l'action en revendication et à toutes les actions *in rem* (l. 27, *De rei vindicat.*). C'est encore par suite d'une généralisation

[1] Antérieurement au sénatus-consulte Juventien, l'édit du préteur punissait la fraude du défendeur qui aliénait la chose dont il avait la possession, afin de se substituer un autre défendeur, *judicii mutandi causa*. Cette fraude avait pour but d'obliger le demandeur à intenter son action *in rem* contre un autre possesseur plus puissant. La répression de ce dol consistait en une action *in factum* dirigée contre celui qui avait perdu la possession par dol ; cette poursuite avait pour objet la réparation du préjudice causé par le changement de défendeur (ll. 1, 2, 3 pr. et § 4, *De alien. jud. mut.*, IV, VII). Cette action *in factum* ne disparut pas après l'innovation du sénatus-consulte qui rendit ce défendeur passible de l'action *in rem*.

de la règle *dolus pro possessione est* que s'explique une solution propre à la théorie de la demeure. Quand la chose due périt par le fait du débiteur ou après sa mise en demeure, elle est réputée exister encore à son égard.

Nous avons ainsi terminé l'exposition sommaire que nous avions annoncée, des hypothèses dans lesquelles la victime du dol peut trouver dans le droit civil lui-même le moyen d'arriver à la répression du préjudice que le dol lui a causé. Les moyens que lui offre le *jus civile* sont : 1° les actions *bonæ fidei* nées des contrats de bonne foi et de certains quasi-contrats; 2° la *clausula doli;* 3° les *condictiones,* dont nous venons de parler.

Dans les hypothèses que nous venons de parcourir, il y en a une dans laquelle la victime du dol eut avantage à se prévaloir des remèdes prétoriens au lieu d'invoquer la protection du droit civil; nous faisons allusion à la loi *Plætoria.* Le mineur victime du dol eut intérêt à renoncer à cette protection excessive; il préféra demander au préteur la protection qu'il accordait à toute personne victime de manœuvres frauduleuses. Le préteur accorda son action de dol, ou plutôt la *Restitutio in integrum ob dolum* aux mineurs de vingt-cinq ans, bien qu'ils eussent l'action de la loi *Plætoria,* car la crainte de ce *judicium publicum rei privatæ* faisait le vide autour des mineurs et éloignait d'eux ceux avec lesquels ils voulaient contracter.

Nous devons maintenant passer en revue quelques-unes des hypothèses dans lesquelles les particuliers n'avaient dans le droit civil aucune arme pour se défendre contre le dol dont elles étaient victimes, et dans lesquelles le préteur dut intervenir *juris civilis supplendi gratia,* en créant l'action et l'exception du dol. Mais

pour bien délimiter le champ d'application de l'action *doli,* nous devons rechercher d'abord dans quels cas l'exception de dol suffisait à réprimer la fraude, et mettait obstacle à la délivrance de l'action subsidiaire *doli mali.*

L'exception *doli* était un moyen très simple de réprimer le dol, et de faire régner l'équité blessée par les règles du droit civil. Son but était de paralyser les effets de l'acte juridique au moment où la victime du dol était poursuivie en justice; c'était un moyen de défense dans une instance, une arme de procédure. Elle pouvait être opposée à une action sous forme d'exception, ou à une exception sous forme de réplique.

Elle sert surtout à paralyser l'action née d'un acte juridique entaché de dol; ainsi celui qui a été amené par des manœuvres frauduleuses à s'engager par stipulation ne sera pas désarmé en face de son adversaire. Il n'aura qu'à attendre les poursuites du stipulant. Quand ce dernier intentera contre lui l'action *ex stipulatu,* il lui opposera l'exception *doli mali.* Cette exception de dol supprime la grande différence qui existait entre les contrats de bonne foi et les contrats de droit strict au point de vue de la répression du dol. Après que l'exception a été inventée par le préteur, la victime du dol, en la faisant insérer dans l'action de droit strict dirigée contre elle, se trouve aussi efficacement protégée que si elle s'était engagée par un contrat de bonne foi; mais on est obligé de la faire insérer dans la formule de droit strict. C'est là ce qui distingue encore les contrats *stricti juris* des contrats *bonæ fidei.*

Cette exception devint une arme très souple; elle ne servit plus seulement à réprimer les tromperies, les ma-

nœuvres frauduleuses, mais encore à combattre le dol qui consiste à se prévaloir d'une convention frustratoire pour un tiers. On en vint à décider que l'exception de dol pouvait remplacer toutes les autres, car c'est commettre un dol qu'intenter une action que l'on sait être paralysée par une exception. C'est ce que l'on appelle l'*exceptio doli generalis*.

L'*exceptio doli* n'a cependant pas un champ d'application aussi vaste qu'on pourrait le supposer au premier abord, elle n'est utile que pour paralyser les effets d'un acte juridique entaché de dol, mais elle ne peut pas servir à réprimer le dol qui consiste dans l'accomplissement d'un fait matériel; ainsi je tue l'esclave que vous avez promis à un tiers par stipulation; vous ne trouvez dans l'exception de dol aucune arme contre moi. Pour que cette exception soit applicable, il ne suffit pas que le dol dérive d'un fait juridique, il faut encore que cet acte juridique ait donné naissance à une action au profit de l'auteur du dol contre la victime. Celle-ci alors, grâce à l'exception de dol, paralysera l'action de son adversaire. Mais si le fait juridique entaché de dol n'avait eu pour conséquence que l'extinction d'un droit, d'une action, si, par exemple, le dol avait déterminé le stipulant à faire acceptilation, l'exception de dol ne serait d'aucun secours pour obtenir la réparation du préjudice souffert.

Dans cette hypothèse, et dans celle où le dol résulte d'un fait matériel, l'exception de dol n'était pas une arme suffisante. Il fallait organiser un moyen d'action plus sûr, il fallait créer l'action de dol.

L'action était nécessaire, par exemple, dans le cas ou je tuais l'esclave que vous aviez promis à un tiers, ou

dans le cas où le nu-propriétaire construisait sur son terrain pour le dégrever du droit d'usufruit qui le frappait.

Lorsque le dol avait eu pour conséquence la réalisation d'un acte juridique, l'action de dol n'était indispensable que dans le cas où cet acte n'avait pas donné naissance à une action, ou n'avait pas laissé subsister l'action préexistante, sinon l'exception de dol suffisait. Ainsi j'obtiens par dol un pacte *de non-petendo* de mon créancier; ce pacte n'a pas éteint son action, et lorsque je lui opposerai l'exception *pacti,* il me répondra par une *replicatio doli.* L'exception de dol le protégera. Il n'en serait plus de même et l'action de dol lui serait indispensable, si au lieu de me consentir un simple pacte *de non-petendo,* il m'avait fait acceptilation. Nous trouvons dans le livre XXIX, tit. IV au Digeste : *Si quis omissa causa testamenti,* un cas dans lequel la victime du dol ne trouvant de protection ni dans le droit civil ni dans l'exception de dol, le préteur lui donna l'action *de dolo* par un texte spécial de son édit. Voici l'espèce : Un héritier *ab intestat* est institué par un testament qui l'appelle à la totalité de la succession, mais en le grevant de quelques legs. L'héritier, pour faire tomber ces legs et recueillir la succession tout entière, répudie l'hérédité testamentaire et accepte à titre d'héritier *ab intestat.* Cette manœuvre habile constitue un dol que le droit civil était impuissant à réprimer. L'exception de dol ne pouvait pas être invoquée par les légataires, puisque l'acte frauduleux de l'héritier n'avait donné naissance à aucune action. Le préteur vint à leur secours et leur accorda l'action de dol. Comme l'espèce était curieuse et comme on pouvait élever des doutes sur l'existence du dol, il lui

consacra un texte spécial dans son édit (l. 1 pr., *Si quis,* XXIX, IV). Il faut remarquer toutefois que cet acte ne sera attaquable par l'action de dol que lorsque l'héritier aura voulu commettre une injustice. Le préteur refusera, au contraire, toute action lorsque le but de l'héritier n'aura pas été contraire à l'équité, lorsque, par exemple, il aura répudié l'hérédité testamentaire parce que le testament violait les règles de la loi Falcidie. Papinien ne voit dans ce fait qu'un *dolus bonus,* et écarte l'application de l'action de dol (l. 77, § 31, *De legatis,* II).

La célèbre loi *et eleganter* (l. 7, *De dolo,* IV, III) nous fournit un autre cas non moins curieux où l'action de dol peut seule servir à la répression du dol : Au moyen de manœuvres frauduleuses un esclave obtient de son maître mineur de vingt-cinq ans d'être vendu à un tiers de bonne foi. Puis il se fait affranchir par cet acquéreur. Le mineur lésé par cette vente ne peut pas poursuivre l'acheteur qui n'a commis aucun dol, et d'autre part il ne peut pas faire rescinder l'affranchissement à cause de la règle : *Libertas semel data non revocatur*. Le préteur lui donnera l'action de dol contre cet esclave qui n'a dû la liberté qu'à la fourberie.

Ainsi les cas dans lesquels la seule voie de recours accordée à la victime du dol consistait dans l'action de dol, étaient assez rares. La plupart du temps, le particulier lésé trouvait une protection suffisante dans le droit civil ou dans l'exception de dol. Dès que l'exception de dol était possible, le préteur refusait de délivrer l'action, qui n'était qu'un *ultimum remedium*, et qui faisait encourir l'infamie au défendeur condamné, tandis que l'exception n'était pas infamante.

Dans les contrats de bonne foi, le dol était réprimé

par l'action même du contrat. L'action de dol était inutile. On arriva à leur assimiler presque entièrement les contrats de droit strict; dans ces derniers chaque contractant trouvait dans la *clausula doli* un moyen de se prémunir contre le dol de son adversaire, et s'il avait omis cette précaution, le préteur venait à son secours, et lui permettait de paralyser l'action du créancier au moyen de l'insertion de l'exception de dol dans la formule de l'action *stricti juris*. Cette action alors ressemblait beaucoup à l'action de bonne foi. L'action de dol n'était donc nécessaire que : 1° dans le cas où le dol consistait dans un fait matériel; 2° dans le cas où le dol ayant eu pour conséquence la réalisation d'un fait juridique, ce fait juridique n'avait pas donné naissance à une action, ni laissé subsister une action préexistante.

Dans cette dernière hypothèse, l'action de dol n'était même pas toujours une protection suffisante pour la victime du dol, et le préteur dut compléter son œuvre d'équité en créant une nouvelle voie de recours, d'une application plus rare, mais d'un effet beaucoup plus énergique. Nous avons nommé la *restitutio in integrum*. Elle seule assure au particulier lésé une réparation complète du préjudice éprouvé, quand l'auteur du dol est insolvable.

La *restitutio in integrum*, c'est la rescision d'un acte judirique valable selon les règles du droit civil. Le préteur le rescinde quand il le trouve contraire à l'équité, mais il n'intervient ainsi qu'avec prudence. La sentence de rescision est toujours précédée d'une *causæ cognitio*, et la rescision doit être justifiée par une *justa causà*, car c'est une chose grave que d'anéantir un acte juridique valable, pour rétablir l'état de choses antérieur. Aussi

cette voie de recours est-elle d'une application plus rare que l'action de dol. Elle ne peut être employée que pour la rescision des actes juridiques valables; elle ne touche pas aux faits matériels. Elle exige en outre une juste cause, et parmi les justes causes énumérées par le préteur se trouve le dol. Pour délimiter le champ d'application de notre action de dol, nous devons préciser les hypothèses dans lesquelles le préteur accorde à la victime du dol une *restitutio in integrum ob dolum*, parce que l'action *de dolo* n'est pas pour elle une protection suffisante. Lorsque l'auteur du dol est insolvable, l'action de dol n'est pour la victime qu'un recours illusoire; elle serait, en effet, obligée de subir le concours des autres créanciers du *fraudator*, et elle ne serait pas complètement indemnisée. Au contraire, grâce à la *restitutio in integrum*, la partie lésée sera investie d'une action *in rem* qu'elle opposera aux autres créanciers, et par laquelle elle obtiendra le rétablissement des choses dans l'état antérieur à l'acte entaché de dol. La *restitutio* sera utile à la personne lésée lorsqu'elle aura été amenée par dol à faire adition ou répudiation d'une hérédité; il en sera ainsi même dans l'hypothèse où l'auteur du dol est solvable; dans ce cas, en effet, l'action procurerait bien à la victime du dol une indemnité, mais elle la laisserait, si elle a fait adition, exposée aux poursuites des créanciers héréditaires. La *restitutio*, au contraire, fera tomber l'adition et supprimera le titre d'héritier. De même en cas de répudiation, l'action de dol ne ferait pas obtenir à la victime la restitution des biens héréditaires possédés par des héritiers, qui n'ont pas commis de dol envers elle.

Nous trouvons encore dans la loi 3, § 1 : *De eo per*

quem factum erit quo minus (II, X), un cas dans lequel la *restitutio in integrum* est nécessaire pour la répression du dol. Dans cette espèce, le dol émane d'un tiers et l'action ne peut être donnée que contre l'auteur du dol. Julien suppose qu'un tiers empèche le défendeur de paraître en justice, et cause ainsi un préjudice au demandeur. Le préteur peut bien donner au demandeur une action personnelle *in factum* contre l'auteur du dol, mais si celui-ci est insolvable, l'action sera inutile. Pour protéger efficacement le demandeur, le préteur devra lui accorder une *restitutio in integrum,* bien que le défendeur soit resté étranger au dol : « *Ne propter dolum alienum reus lucrum faciat, et actor damno adficiatur.* »

Doneau[1] croyait que si des textes mentionnent une *restitutio in integrum ob dolum*, c'est par erreur, par suite d'une confusion entre cette prétendue *restitutio* et l'*actio doli.*

Des auteurs modernes, entre autres Gondsmith (*Cours de Pandectes,* § 115, p. 349, 350), ont aussi prétendu que l'*in integrum restitutio* est inapplicable en cas de dol, car elle est inutile en présence de l'action *doli.* Cette opinion ne nous paraît pas soutenable; des textes formels affirment l'existence de l'*in integrum restitutio* en cas de dol. C'est d'abord le jurisconsulte Paul (*Sentences,* I, VII, § 2) : « *Integri restitutionem prætor tribuit ex his causis quæ per metum, dolum..... gesta esse dicuntur.* » C'est ensuite Marcellus dans un texte non

[1] Doneau s'exprimait ainsi : « *Numeratur dolus inter causas in integrum restitutionis. Magis propter affinitatem, quam habet actio de dolo cum in integrum restitutione, quam quod revera sit ipsa in integrum Restitutio, qualem nunc juris veteris, amissi in integrum restitutionem intelligi volumus* » (T. V, p. 1058 et suiv.).

moins probant : « *Etenim deceptis sine culpa sua, maxime si fraus ab adversario intervenerit, succurri oportebit; cum etiam de dolo malo actio competere soleat; et boni prætoris est potius restituere litem ut et ratio et æquitas postulabit, quam actionem famosam constituere* » (l. 7, § 1, *De integ. restitut.*, IV, I). Il est plus équitable, dit Marcellus, de rescinder le jugement que de donner une action infamante à celui qui a perdu son procès par le dol de son adversaire; en effet, pour avoir gain de cause dans l'action de dol, la victime serait obligée non-seulement de prouver le dol, mais encore d'établir que le dol a été la seule cause de la perte de son procès; il faudra donc recommencer le premier procès. Aussi vaut-il mieux dans ce cas, comme le dit Marcellus, accorder la *restitutio in integrum*.

Il n'est donc pas douteux que l'action de dol et la *restitutio in integrum ob dolum* aient coexisté, mais lequel de ces deux remèdes prétoriens contre le dol a précédé l'autre ? Deux systèmes sont en présence :

M. de Savigny a été le plus autorisé des défenseurs d'une opinion qui consiste à dire que l'*in integrum restitutio* a été créée par le préteur avant l'action de dol. Le savant romaniste appuie sa théorie sur deux arguments principaux : le premier est tiré de l'ordre suivi par les commissaires de Justinien dans la rédaction du Digeste, le titre général est *De in integrum restitutionibus* (IV, I), précède le titre *De dolo malo* (IV, III). Celui-ci se trouve placé au milieu des titres consacrés aux *restitutiones*, après le titre général. Il en résulte, dit-on, que l'action de dol est de création postérieure à l'*in integrum restitutio*. Les compilateurs byzantins ont dû suivre l'ordre chronologique de la création de ces diverses institutions.

On ajoute un second argument et on fait observer que les règles de la procédure des *restitutiones in integrum*, sont moins précises que celles de l'action de dol, qu'elles laissent un plus vaste champ à l'arbitraire du magistrat, et l'on en conclut que cette imperfection prouve que l'*in integrum restitutio* est une institution provenant d'un droit en formation, une institution antérieure à l'action de dol, dont les règles fixes attestent l'existence d'un droit en plein développement.

Nous ne saurions partager cette opinion du savant jurisconsulte allemand. L'ordre des titres du Digeste ne peut pas être une preuve de l'antériorité de la *restitutio in integrum*. Si l'action de dol est traitée au Digeste dans le même livre que les *restitutiones*, c'est que Tribonien n'a pas voulu séparer des matières qui ont entre elles autant de rapport que l'action de dol et les *restitutiones in integrum*. Quant à dire que les règles un peu élastiques de la *restitutio in integrum* portent la trace d'un droit non encore formé, et que la restitution est partant antérieure à l'action, ce n'est envisager la question que sur une seule de ses faces. Au contraire, si au lieu de considérer la procédure de ces deux voies de recours, on en examine les résultats, on s'aperçoit bien vite que la *restitutio* est pour la victime du dol un recours beaucoup plus efficace que l'action, qu'en cas d'insolvabilité de l'auteur des manœuvres, elle n'expose pas la personne qui en a été victime à subir le concours des autres créanciers. La *restitutio* opère *in rem*, tandis que l'action de dol n'est qu'une action personnelle. On pourrait donc dire, à ce point de vue, que la *restitutio in integrum* a réalisé un progrès sur l'action de dol et qu'elle lui est postérieure.

Le doute nous semble d'ailleurs impossible en pré-

sence du texte de Cicéron que nous avons déjà cité en partie. Dans son traité *De officiis* (lib. III, cap. XIV), il raconte la fraude dont le chevalier Canius fut victime, et montre comment, par suite de la transformation de la vente, le contrat de bonne foi intervenu entre eux, en un contrat *litteris* de droit strict, il n'eut aucun moyen de faire tomber le contrat, d'obtenir réparation du préjudice que lui causait le dol du banquier Pythius. Cicéron en donne le motif : « C'est que mon collègue et ami Aquilius Gallus n'avait pas encore créé ses formules sur les actes frauduleux. »

Est-ce de la *restitutio in integrum* que veut parler Cicéron? Certainement non. Il veut, au contraire, faire allusion à l'action de dol, car pour désigner l'institution créée par Aquilius Gallus, il se sert continuellement des mots : *formula, judicium de dolo.* Or, ces expressions sont toujours employées pour désigner l'action de dol et non la *restitutio,* qui dépend de la procédure extraordinaire et non pas de la procédure formulaire.

Notre conclusion est donc que la *restitutio in integrum* n'est pas antérieure à l'action de dol. Lui est-elle postérieure? C'est possible, mais nous n'oserions pas l'affirmer. Il est même assez probable que les deux institutions furent créées à la même époque, ou du moins qu'entre les dates de création de ces deux institutions; il ne s'est pas écoulé un long espace de temps. Chacune d'elles, en effet, a son champ d'application distinct : l'action permet la rescision du dol, de quelque cause qu'il dérive, alors même que ce ne serait qu'un fait matériel. La *restitutio,* au contraire, ne rescinde que les actes juridiques entachés de dol. En revanche, la *restitutio* seule opère *in rem* et indemnise complètement la personne lésée lorsque l'auteur

du dol est insolvable, car elle replace les choses dans leur état antérieur à l'acte rescindé.

Un premier point est donc acquis. L'action de dol a été créée par le préteur Aquilius Gallus. Les écrits de Cicéron en sont la preuve; la *restitutio in integrum* date à peu près de la même époque, mais elle ne lui est pas certainement antérieure. Il reste à déterminer le moment de la création de l'exception de dol.

Sur ce point nous avons deux textes littéraires contradictoires. Le passage dans lequel Cicéron rapporte la mésaventure du chevalier Canius prouve qu'à cette époque l'exception *doli mali* n'était pas encore créée, qu'elle n'existait pas avant Aquilius Gallus, car, dans l'espèce, Canius n'avait pas payé le prix de la maison lorsqu'il avait découvert la fraude. Si l'exception de dol avait été connue, Canius aurait pu repousser l'action de Pythius en la faisant insérer dans la formule. Cette voie de recours n'est donc pas antérieure à la préture d'Aquilius Gallus.

D'autre part, Plaute, qui vivait bien avant Cicéron, semble dire le contraire dans une de ses comédies (*Rudenz,* scène III, acte 5). Labrax a perdu sa cassette, Griscus la retrouve et ne veut la lui rendre qu'à la condition de recevoir une certaine somme. Labrax promet par serment de payer cette somme, puis quand il a reçu la cassette, il refuse de payer ce qu'il a promis, et il oppose au demandeur que s'il a fait cette promesse, ce n'est qu'à la suite du dol dont il a été la victime.

Qui faut-il croire? Plaute ou Cicéron? On a essayé de concilier ces deux textes en disant que, tandis que Cicéron vivait à l'époque de la procédure formulaire, Plaute écrivait au temps des actions de la loi. Or, il est

possible que plusieurs voies de droit en usage à l'époque des actions de la loi soient tombées en désuétude avant l'introduction du système formulaire. Dans cette théorie, on suppose qu'Aquilius Gallus, en créant l'action et l'exception de dol, n'aurait fait que restaurer une antique voie de droit tombée en désuétude. Mais cette conciliation est un peu hypothétique.

Nous croyons que la date de l'introduction de l'exception de dol se trouve déterminée par un texte juridique. Dans la loi 4, § 33, *De doli mali et metus exceptione* (XLIV, IV), Ulpien attribue la création de cette voie de droit au préteur Cassius; or, ainsi que le fait remarquer M. Accarias (*Précis de droit romain,* tom. II, n° 837, pag. 1045, note 2), ce préteur Cassius doit être celui qui, d'après Valère-Maxime, fut la terreur de tous ceux qui violaient les lois de l'équité, et mérita le nom de *Scopulus reorum* (Valère-Maxime, lib. III, cap. VII, n° 9). Cassius vivait au milieu du VIIe siècle de Rome. Il est possible d'ailleurs que Cassius le premier ait accordé cette exception à une personne lésée, dans une espèce tout à fait favorable, et à titre de secours exceptionnel, et qu'elle n'ait été inscrite dans l'édit qu'à l'époque de la préture d'Aquilius Gallus.

C'est donc au préteur Aquilius Gallus que revient l'honneur d'avoir créé l'action de dol, cette arme si souple des préteurs, cette garantie précieuse des droits de l'équité, que Cicéron compare aux mailles d'un filet dans lesquelles doivent se prendre toutes les fraudes : *Everriculum malitiarum omnium.* Voici le texte de cet édit fameux qui remonte à l'année 688 de Rome, c'est-à-dire peu de temps après la préture de Cassius. Il nous est rapporté par Ulpien dans la loi 1, § 1, *De dolo malo :*

« *Verba autem edicti talia sunt : quæ dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit, et justa causa esse videbitur, judicium dabo.* »

C'est à l'étude de cette action que nous allons exclusivement nous attacher. Nous exposerons les règles de l'action de dol dans quatre chapitres. Le premier sera consacré à l'étude de ses conditions d'exercice et spécialement de son caractère subsidiaire. Dans le second chapitre, nous rechercherons quelles sont les personnes qui sont parties à cette action. Dans le troisième, nous étudierons les effets de l'action. Enfin, dans un quatrième chapitre, nous rechercherons quelle est sa durée et nous étudierons les actions *in factum* qui peuvent la remplacer.

CHAPITRE PREMIER.

CONDITIONS D'EXERCICE DE L'ACTION DE DOL.

Les conditions d'exercice de l'action *de dolo* sont indiquées dans le texte de l'édit qui l'a créée : « *Quæ dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et justa causa esse videbitur, judicium dabo* » (l. 1, § 1, *De dolo malo*). Deux conditions sont donc nécessaires : 1° il faut d'abord une *causæ cognitio :* le magistrat doit rechercher si *justa causa esse videbitur ;* 2° il faut que la personne lésée n'ait aucun autre moyen d'obtenir la réparation du préjudice qui lui a été causé, c'est dire, en d'autres termes, que l'action de dol est un *ultimum remedium.* Une première section sera consacrée à la *causæ cognitio* qui doit précéder la délivrance de la formule. Dans une seconde section, nous étudierons le caractère subsidiaire de l'action de dol.

SECTION I.

De la Causæ cognitio.

Lorsque la personne lésée va demander justice au magistrat, lorsqu'elle sollicite la délivrance d'une formule,

le préteur ne peut pas délivrer immédiatement l'action de dol. Il doit auparavant se livrer à un examen des faits de la cause, il doit procéder à une *causæ cognitio,* en vertu même de l'édit : *si justa causa esse videbitur, actionem dabo.* On peut se demander pourquoi le texte de l'édit exige formellement une *causæ cognitio* avant la délivrance de la formule de l'action de dol. En effet, quelle que soit l'action pour laquelle on lui demande de délivrer une formule, le magistrat ne la donne jamais au hasard, les yeux fermés, à quiconque la lui demande; il ne l'accorde ou la refuse qu'après avoir examiné, au moins sommairement, si les conditions auxquelles l'action est subordonnée se trouvent remplies. Est-ce là ce que l'édit impose au magistrat avant de délivrer l'action de dol? non, l'édit exige quelque chose de plus.

Lorsque le magistrat a reconnu l'existence des conditions requises pour l'exercice de l'action, il conserve encore le droit de refuser la formule de l'action de dol, si les circonstances ne lui paraissent pas de nature à justifier cette voie de recours tout à fait exceptionnelle. Bien que le dol existe, le magistrat peut trouver qu'il n'est pas assez caractérisé et refuser l'action. Nous allons d'ailleurs rechercher en détail sur quels points devait porter l'examen, la *causæ cognitio* du préteur.

Première condition. — Le magistrat doit rechercher d'abord si le défendeur a commis des actes frauduleux et si ces faits de dol sont assez caractérisés pour motiver la délivrance de l'action de dol. Il ne délivrera la formule que si le demandeur a été réellement victime de manœuvres constituant un *dolus malus.* Peu importe d'ailleurs que les faits constitutifs du dol soient positifs ou négatifs; il faut seulement que la mauvaise foi ait présidé

à leur accomplissement. Le magistrat refusera l'action s'il ne trouve dans les faits allégués par le demandeur qu'un simple *dolus bonus*. Cicéron, dans son traité *De officiis,* rapporte une hypothèse dans laquelle il était du devoir du magistrat de ne pas délivrer la formule d'action. Pendant que la ville de Rhodes était désolée par une famine cruelle, les habitants voient apparaître un navire chargé de blé et qu'ils croient seul. Il n'en est rien. Derrière ce navire se trouve toute une flottille de vaisseaux qui apportent aussi du blé et doivent arriver dans quelques heures. Le *magister navis* se garde bien de révéler ce fait qu'il connaît et vend son blé à un prix très élevé. La conduite de ce *magister* est blâmée par Cicéron au point de vue de la morale, mais au point de vue juridique, le magistrat ne devait pas délivrer contre ce capitaine l'action de dol. En vertu des mêmes principes, le préteur refusera encore de donner une formule au capitaliste qui aura prêté de l'argent à un insolvable sur la foi de bons renseignements fournis par un tiers, lorsque ce tiers aura été de bonne foi en affirmant la solvabilité de l'emprunteur.

De même l'action de dol n'est pas accordée contre celui qui a donné un conseil de bonne foi, bien que ce conseil ait produit des conséquences fâcheuses. C'est ce que décide Ulpien dans la loi 7, § 10, *De dolo malo*. Pour être passible de l'action de dol, il ne suffit pas que celui qui a donné de bons renseignements sur un tiers l'ait fait imprudemment, sans bien s'informer de la situation de l'emprunteur; il faut une mauvaise foi formelle et caractérisée. C'est ce que dit Gaïus dans la loi 8 : « *Quod si, cum scires eum facultatibus labi, tui lucri gratia adfirmasti mihi idoneum esse; merito adversus te, cum*

mei decipiendi gratia alium falso laudasti, de dolo judicium dandum est. »

Non-seulement le magistrat doit examiner la nature des faits de dol allégués par le demandeur, mais encore il doit les désigner dans la formule qu'il délivre. L'action de dol est en effet une action prétorienne, *concepta in factum,* c'est-à-dire qu'elle ne pose pas au juge une question de droit à trancher; elle lui indique seulement quels faits il aura à vérifier. Le préteur ne doit pas se contenter de dire au juge de condamner si un dol a été commis; il doit préciser et énoncer clairement les faits de dol dont le *judex* devra reconnaître l'existence, et sur lesquels il basera sa condamnation (l. 16, *De dolo malo*).

Deuxième condition. — Il faut que ce dol ait causé au demandeur un préjudice d'une certaine importance, car c'est une voie de recours tout à fait exceptionnelle que l'action de dol. Elle doit être justifiée par la gravité des circonstances dans lesquelles elle est accordée : *de minimis non curat prætor.* La loi 9, § 5 à notre titre, impose au magistrat le devoir de vérifier dans sa *causæ cognitio* l'existence de cette condition : « *Merito causæ cognitionem prætor inseruit : neque enim passim hæc actio indulgenda est. Nam ecce in primis, si modica summa sit* (l. 11) *non debet dari.* » Rien n'est plus logique que cette décision. Malheureusement, entre les deux fragments précités d'Ulpien (l. 9, § 5 et l. 11), se trouve intercalé, sous le nom de Paul, un fragment assez court qui donne à la phrase d'Ulpien un sens un peu différent : *si modica summa sit,* dit Ulpien, *id est usque ad duos aureos,* ajoute Paul, *non debet dari actio.* D'après ces quelques mots du jurisconsulte Paul, le

préteur devait, pour savoir s'il devait ou non accorder la formule, rechercher si le préjudice causé était inférieur ou supérieur à la somme de deux sous d'or.

On ne peut guère contester qu'une telle solution fut vraie à l'époque de Justinien, mais nous ne croyons pas que ce fragment du jurisconsulte Paul contienne la vraie doctrine de l'époque classique. En effet, cette détermination fixe et absolue du chiffre que devait atteindre le préjudice causé par le dol, pour motiver la délivrance de l'action, n'était nullement en rapport avec les habitudes du préteur. Ce magistrat prenait au contraire pour règle constante l'équité. La tendance du droit prétorien était de faire régner l'équité; aussi, avant de délivrer la formule, le magistrat, dans l'appréciation du préjudice résultant du dol, devait-il tenir compte de toutes les circonstances de la cause, de la qualité des personnes, de leur âge, de leur sexe, de leur intelligence, et aussi de la nature des faits constitutifs du dol et de l'acte qui en est entaché. Il devait plus facilement accorder cette action à une personne d'une intelligence peu développée, sur laquelle les manœuvres de l'auteur du dol avaient plus facilement prise. En un mot, la tendance ordinaire du droit prétorien nous montre que le magistrat devait apprécier le dol *ex personis et causis*.

Ce qui confirme encore cette supposition, c'est que le texte, qui fixe à deux *aurei* le minimum que doit atteindre le préjudice, n'est pas tout entier du même jurisconsulte. Le commencement et la fin du texte sont d'Ulpien. Six mots seulement, intercalés au milieu, sont de Paul. En insérant au milieu d'une phrase d'Ulpien un fragment de Paul, Justinien a bien montré que son intention était de modifier le texte d'Ulpien. Maintenant

quel était le sens de ces mots empruntés à Paul par Tribonien. Nous ne pouvons le savoir, mais il est permis de supposer que cette fixation d'un taux de deux sous d'or se rapportait à une autre matière.

Notre opinion se trouve d'ailleurs corroborée par un texte du Code. Une constitution de Dioclétien et de Maximien (Const. 5, *De dolo malo*, II, 21), en date de l'année 294, prouve qu'à cette époque le magistrat n'accordait l'action de dol que si le préjudice résultant du dol était d'une certaine importance. Mais on ne trouve dans ce texte aucune trace d'une limitation de la détermination d'un chiffre que devait atteindre le préjudice.

La valeur de l'*aureus* était la même que celle du solide. Aux *Institutes*, Justinien (III, VII, *De successione libertorum*, § 3) affirme que la valeur de l'*aureus* était égale à mille sesterces; or, le *sestertius* valant 21 centimes, la valeur de l'*aureus* aurait été de 210 francs. Mais ce texte est en contradiction flagrante avec tous les autres textes juridiques et littéraires sur la valeur de l'*aureus*. On peut supposer qu'il voulait parler du *sestertium*, monnaie de compte qui valait mille fois le *sestertius*. Le solide ou l'*aureus* qui, à l'époque de César, valait un quarantième de la livre d'or, ne valait plus, sous Justinien, que un soixante-douzième de la livre d'or, celle-ci étant à Rome de 370 grammes. L'*aureus* avait une valeur de 15 francs. Le taux de la loi 10 est donc de 30 francs.

Quoi qu'il en soit, ce qui ressort clairement de l'ensemble des textes, c'est que le préteur n'accorde pas facilement l'action de dol; il se montre avare de cette voie de recours, laquelle, ainsi que nous le verrons bientôt, constitue un *ultimum remedium*, et ne doit être employée qu'à la dernière extrémité, quand il ne reste plus

aucun autre moyen à la victime du dol d'obtenir la réparation du préjudice souffert.

Pourquoi cette action est-elle si difficilement accordée par le préteur? C'est d'abord parce que cette action est *famosa,* qu'elle entraîne l'infamie contre celui qui est condamné, et que le préteur ne veut pas prodiguer l'infamie. On a critiqué ce motif en disant que l'action *furti,* quoique infamante, est accordée pour tout vol, quelle que minime que soit la valeur de l'objet dérobé; et on a dit que cette différence venait de ce que la victime d'un *dolus malus* était toujours coupable d'une faute ou au moins d'une négligence, tandis que celui qui est victime d'un vol n'a rien à se reprocher. Mais il est faux qu'on puisse toujours reprocher au moins une faute à la victime d'un dol; elle n'est nullement en faute lorsque l'auteur du dol a accompli lui-même l'acte d'où résulte le préjudice. Ainsi quand Titius a détruit le testament d'un tiers qui instituait héritier Sempronius, celui-ci lésé par le fait de Titius n'est certainement coupable ni d'une faute ni d'une négligence. D'ailleurs, la faute de la victime du dol ne peut atténuer en rien la culpabilité de celui qui l'a commis.

Si l'*actio furti* est toujours donnée à celui qui est victime d'un *furtum,* si faible que soit le prix de l'objet volé, c'est que cette action est une action purement pénale, dont le but n'est pas d'indemniser la victime du *furtum* du préjudice qu'elle a souffert. C'est l'objet de la *condictio furtiva.* Le but de l'action *furti* est la punition, la répression du délit. Du moment que le délit existe, il doit être réprimé. L'action doit être délivrée, quelle que soit d'ailleurs l'importance du dommage causé.

Il n'en est pas de même de l'action de dol, dont le but principal est la réparation du préjudice que souffre la victime des manœuvres dolosives. Sans doute elle a aussi pour effet de punir l'auteur du dol contre lequel elle entraîne l'infamie, mais ce n'est là qu'un résultat accessoire. Lors donc que le dommage résultant du dol ne lui paraîtra pas assez important pour frapper son auteur de la note d'infamie, le magistrat n'accordera pas l'action de dol; il se contentera de donner une action *in factum*.

Tels sont les deux premiers faits que le magistrat recherche dans sa *causæ cognitio;* il examine s'il y a eu dol, et si ce dol a causé un dommage d'une certaine importance. Mais ce n'est pas devant lui que se fait la preuve de ces faits; elle ne se fera que devant le *judex* nommé par la formule. Le magistrat la délivre lorsque le dol lui a paru suffisamment caractérisé et le préjudice suffisamment grave, mais le juge conserve le droit d'absoudre si les faits sur lesquels s'est appuyé le magistrat ne sont pas prouvés, s'il résulte des débats que le préjudice était moins grave que ne l'avait cru le préteur. Celui-ci dans son enquête a encore d'autres faits à examiner.

Troisième condition. — Le magistrat n'accorde l'action que si le demandeur ne s'est pas rendu lui-même coupable de dol dans le même acte juridique.

Telle est la solution formelle donnée par la loi 36 au Digeste à notre titre, dans laquelle Marcien s'exprime ainsi : « *Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo malo non agent.* » Il ne faudrait pas prendre cette phrase dans un sens absolu, et dire que dès que deux personnes ont commis chacune un dol envers l'autre, l'action de dol

doit leur être refusée à toutes les deux. Il faut l'entendre en ce sens que cette voie de recours ne leur est interdite que lorsqu'elles se sont rendues coupables de dol l'une envers l'autre dans le même *negotium juris*. Ainsi supposons que par dol j'ai laissé périr l'esclave que j'avais promis à Titius par stipulation, et que d'autre part Titius par ses manœuvres frauduleuses ait obtenu de moi que je lui fasse acceptilation d'une somme qu'il me devait, dans ce cas la règle de la loi 36 ne devra pas recevoir son application; je pourrai intenter contre Titius l'action de dol à raison de l'*acceptilatio* qu'il m'a arrachée, et en revanche il pourra me poursuivre à son tour à raison du dol que j'ai commis en laissant périr l'esclave qu'il avait stipulé de moi.

Nous trouvons dans la loi 4, § 13, *De doli mali et metus exceptione* (XLIV, IV), une décision dans laquelle Ulpien fait une application remarquable de la règle de notre loi 36; voici ce texte : « *Marcellus, ait, adversus doli exceptionem non dari replicationem doli. Labeo quoque in eadem opinione est; ait enim iniquum esse, communem malitiam petitori quidem præmio esse, ei vero cùm quo ageretur, pœnæ esse; cum longe æquum sit, ex eo quod perfide gestum est, actorem nihil consequi.* » Ainsi Primus vend de mauvaise foi la chose d'autrui à Secundus qui n'ignore pas cette circonstance. Puis Primus devient plus tard propriétaire de cette *res aliena,* à titre de succession par exemple; alors il la revendique contre Secundus, qui possède actuellement cette chose vendue *à non domino*. Secundus se prévalant de la vente intervenue entre eux opposera à Primus l'exception de dol, et Marcellus décide que Primus ne pourra pas répondre par une *replicatio doli* en invoquant la mauvaise foi de

Secundus, qui, lorsqu'il achetait cette chose, savait parfaitement qu'elle n'appartenait pas à son vendeur. Primus et Secundus sont tous les deux en faute. Ils sont *in pari causà*. Il faut alors leur appliquer la maxime : *melior est causa possidentis*.

Une autre application très curieuse de la règle formulée par Marcien dans la loi 36 se trouve dans un autre fragment du jurisconsulte Paul, qui forme la loi 57, § 3, *de Contrah. empt.,* lib. XVIII, tit. I. Nous nous contentons de l'indiquer, croyant inutile d'insister plus longuement sur ce point.

Voilà donc les trois premiers points sur lesquels devra porter la *causæ cognitio* du préteur. 1° Y a-t-il dol assez caractérisé ? 2° Le préjudice qui en est résulté est-il d'une gravité suffisante? 3° Le demandeur n'est-il lui-même coupable d'aucun dol envers le défendeur à propos du même acte juridique? Mais là ne se borne pas la mission du magistrat; il devra encore, avant de délivrer la formule de l'action de dol, se poser deux autres questions. 4° Il devra rechercher quels rapports existaient entre l'auteur du dol et sa victime, car l'action de dol ne pouvait être donnée à un fils contre son père, ni à un citoyen de basse condition contre un homme de condition élevée. Mais cette condition sera étudiée à part lorsque dans notre second chapitre nous nous demanderons à qui est donnée l'action de dol. Un point est cependant à noter dès à présent à propos de cette quatrième condition d'exercice de notre action, c'est que de ce chef la décision du préteur dans sa *causæ cognitio* est souveraine; il ne serait pas permis au *judex* de prononcer une sentence d'absolution en se fondant sur ce que le magistrat aurait commis une erreur dans la vérification de cette condition

d'exercice. La même règle s'applique à la dernière condition que doit examiner le préteur, et sur ce point encore sa décision est souveraine. 5° Il doit rechercher si le demandeur n'a aucun autre moyen de se faire indemniser du dommage qui lui est causé par le dol, et s'il en existe un, il refuse de délivrer la formule. L'étude de cette cinquième et dernière condition d'exercice de l'action de dol va former notre deuxième section consacrée au caractère subsidiaire de cette action.

SECTION II.

Du caractère subsidiaire de l'action de dol.

Ce caractère de l'action de dol est énoncé dans les termes les plus clairs et les plus formels par le texte même de l'édit : « *Quæ dolo malo facta esse videntur, si de his rebus alia actio non erit, judicium dabo.* » Toutefois on a contesté vivement ce caractère de notre action, et les partisans de cette opinion invoquent plusieurs textes à l'appui de leur thèse ; mais quelque sérieuses que puissent paraître les objections que l'on soulève contre le caractère subsidiaire de l'action de dol, elles ne peuvent pas entamer le texte précis de l'édit même du préteur, texte qui d'ailleurs se trouve corroboré par de nombreuses applications, dont les plus importantes seront exposées plus loin.

Nous allons exposer et réfuter les arguments des commentateurs qui refusent de reconnaître le caractère subsidiaire de l'action de dol.

L'argument le plus sérieux est tiré de la loi 14, § 13, *quod metus causa* (IV, II), dans laquelle Ulpien s'exprime ainsi : « *Cum qui metum fecit, et de dolo teneri certum est (et ita Pomponius); et consumi alteram actionem per alteram exceptione in factum opposita.* » D'après ce texte, lorsque le dol se trouve compliqué de violence, la personne lésée a une option. Elle peut agir ou par l'action de dol ou par l'action *quod metus causa.* Pour bien marquer que ces deux actions concourent, que la partie lésée peut opter entre elles, Ulpien dit que lorsqu'on a exercé l'une de ces deux actions, l'autre se trouve éteinte par ce seul fait, non, il est vrai, *ipso jure,* mais du moins, *exceptionis ope.* S'il y a concours entre ces deux actions, c'est que l'action de dol n'est pas, comme semble le dire le texte de l'édit, une action subsidiaire.

Cette conclusion est-elle nécessaire? Non, tout ce que l'on doit logiquement conclure de la loi 14, § 13, c'est qu'elle contient une exception à la règle formulée par l'édit. Or, une exception ne suffit pas à détruire une règle. On a même coutume de dire dans le langage usuel que les exceptions la confirment. La loi 14, § 13, établit donc une dérogation au texte de l'édit.

Il reste à nous expliquer pourquoi cette exception existe, quelle est sa raison d'être.

On a tenté d'en donner une explication historique que nous croyons inexacte. On a prétendu que l'action de dol avait été créée antérieurement à l'action *quod metus causa,* et qu'alors jusqu'à la création de cette voie de recours spéciale, l'action de dol était pour la victime de faits de violence, comme de faits de dol, le seul moyen d'être indemnisée du préjudice qu'elle en avait ressenti;

on ajoute que lorsque plus tard le préteur inscrivit dans son édit l'action *quod metus causa,* il ne s'aperçut pas que la violence étant contenue dans le dol se trouvait déjà réprimée par l'action de dol, et qu'il oublia de retirer à l'action de dol cette application.

Cette explication toutefois ne nous paraît pas conforme à la vérité historique. Elle suppose en effet que l'action de dol a précédé l'action *quod metus causa.* Nous croyons au contraire que cette dernière est antérieure en date; c'est ce que nous prouvent les écrits de Cicéron. Dans un de ses plaidoyers contre Verrès (2ᵉ act., III, 63) il fait mention d'une action qu'il appelle *formula Octaviana,* et qui avait pour but de faire indemniser ceux qui avaient été dépouillés par violence. Dans une lettre à son frère (*Epist. ad frat.,* I, 1, nº 7), il nous indique à quelle date fut créée cette action; il cite comme modèle à son frère, gouverneur de province, le consul Cnœus Octavius, qui sut trouver un remède aux excès commis par les partisans de Sylla, et les obligea à restituer les biens qu'ils avaient acquis au moyen de la violence. Dans ce passage, il fait certainement allusion à la *formula Octaviana,* c'est-à-dire à l'action *quod metus causa* créée par ce magistrat, puisqu'il se sert des expressions *formula, judicium dare ex edicto.* C'est donc au consulat de Cnœus Octavius, c'est-à-dire à l'année 674, que remonte la création de l'action *quod metus causa.* Il est facile de voir qu'elle est antérieure à l'action *de dolo,* qui ne fut imaginée que quatorze ans plus tard par Aquilius Gallus, en l'année 688.

Cette prétendue explication historique étant rejetée, nous croyons que cette option offerte par le préteur à la partie lésée entre l'action *de dolo* et l'action *quod metus*

causa n'est point de sa part le résultat d'une inadvertance ou d'une omission, mais qu'il l'a accordée à la victime de la violence en pleine connaissance de cause. N'est-il pas naturel, en effet, qu'il ait cherché à mieux assurer la répression du dol dans le cas où il se manifeste avec le plus de gravité, c'est-à-dire lorsqu'il est accompagné de violence? Aussi, afin de faciliter à la victime la réparation du dommage causé, le préteur lui a donné le choix entre nos deux actions. Chacune d'elles offre à la personne lésée des avantages particuliers. L'une s'adresse surtout à l'honneur, à l'*existimatio* du citoyen qui y est condamné, elle l'atteint dans ses intérêts moraux, elle lui fait encourir la note d'infamie. L'autre n'est pas infamante, mais elle porte une grave atteinte à la fortune du défendeur condamné, elle l'atteint dans ses biens, car elle l'oblige à payer le quadruple de la valeur du préjudice causé par ses violences. Selon les circonstances, la partie lésée optera entre l'action *de dolo* et l'action *quod metus causa.*

Si l'auteur des violences possède une grande fortune et que la condamnation au quadruple sur l'action *quod metus causa* doive lui être peu sensible, sa victime choisira l'action *de dolo* et lui fera encourir l'infamie. Si, au contraire, c'est un homme de basse condition, à qui une perte d'argent soit plus sensible que la perte de l'honneur, la personne lésée intentera contre lui l'action *quod metus causa.*

Cette première objection que l'on fait au caractère subsidiaire de l'action de dol se résout donc purement et simplement en une exception à la règle posée par le texte de l'édit.

Une seconde objection non moins spécieuse est tirée

de l'existence de la *restitutio in integrum*. Nous l'avons vu dans notre introduction, lorsque les manœuvres frauduleuses ont déterminé la formation d'un acte juridique valable, la victime du dol peut obtenir du préteur une *restitutio in integrum ob dolum*. Il en résulte, d'après les adversaires du caractère subsidiaire de l'action de dol, qu'elle est donnée même dans des cas où il existe d'autres voies de recours. Pour répondre à cette objection, des auteurs ont cru nécessaire de nier l'existence de la *restitutio in integrum* basée sur le dol, et nous avons déjà réfuté cette théorie au moyen de la loi 7, § 1, *De in integrum restitutionibus* (IV, I), et du § 2 du jurisconsulte Paul dans ses *Sentences* (lib. I, tit. VII). Nous avons montré alors que ces deux voies de recours, l'action de dol et la *restitutio in integrum ob dolum* ne s'excluaient pas l'une l'autre, mais que chacune d'elles avait son utilité distincte.

L'action peut seule être exercée lorsque le dol n'a pas déterminé la formation d'un acte juridique; au contraire, elle ne donne pas satisfaction complète à la victime, lorsque l'auteur du dol qui l'a poussé à accomplir un *negotium juris* est insolvable.

Dans ce cas l'action de dol soumettrait la victime au concours des autres créanciers du *fraudator*. Elle devra alors demander une *restitutio in integrum*, qui, opérant *in rem*, fait remettre les choses dans l'état antérieur à la conclusion de l'acte juridique entaché de dol (l. 3, *De eo per quem*, II, X et l. 18, *De int. in jure*, XI, I). Nous renvoyons d'ailleurs aux explications déjà données sur ce point dans notre introduction.

D'autres objections ont été élevées contre le caractère subsidiaire de l'action de dol; nous allons les réfuter

brièvement, car elles n'ont pas l'importance des deux précédentes.

Dans la loi 15 au titre *De præscriptis verbis* (XIX, V), Ulpien, dans l'hypothèse d'un contrat innommé *facio ut des,* donne contre la partie qui n'exécute pas son obligation, à la fois l'action de dol et l'action *præscriptis verbis*. Cette solution d'Ulpien s'explique : La théorie des contrats innommés se forma lentement à Rome; les jurisconsultes admettaient déjà, depuis un siècle, l'existence d'un contrat dans les hypothèses *do ut des, do ut facias, facio ut facias,* qu'ils se refusaient encore à l'admettre dans l'hypothèse *facio ut des* (l. 16, § 1, *De præscript. verbis,* XIX, V; et Const. 4, *De dolo malo,* Code, 11, XXI), et dans ce dernier cas ils ne donnaient que l'action de dol. Ulpien fut le premier qui reconnut dans ce *negotium juris* un véritable contrat innommé et qui donna l'action *præscriptis verbis*. Seulement Ulpien n'ose pas encore rompre trop ouvertement avec l'ancienne théorie, et il tempère son innovation en accordant en même temps l'action *de dolo*.

Un autre texte d'Ulpien fournit une nouvelle objection contre le caractère subsidiaire de notre action. C'est la loi 5, § 3, *Quibus modis ususf.* (VII, IV), dans laquelle il suppose qu'un usufruit ayant été légué sur une cour, si le nu-propriétaire construit un maison sur cet emplacement, il y a *mutatio rei* et l'usufruit est éteint. Mais comme il y a dans ce fait un dol de nu-propriétaire, il est passible ou de l'action de dol ou de la *condictio ex testamento*. Mais Ulpien ne veut pas dire par là qu'il y ait concours entre ces deux actions, il veut simplement affirmer que selon les circonstances l'usufruitier aura à son service l'une ou l'autre action. Lorsque l'usufruit ayant

été légué à un tiers, la nu-propriété est restée dans la succession et appartient à l'héritier, si celui-ci détermine par son fait l'extinction de l'usufruit, il est tenu de l'action *ex testamento*. Lorsqu'au contraire l'usufruit a été légué à une personne et la nu-propriété à une autre, le légataire de la nu-propriété n'est tenu à aucune obligation envers le légataire de l'usufruit. S'il construit sur la cour, objet de l'usufruit, il commet un dol dont le légataire ne peut exiger la réparation que par l'action *de dolo* et non par la *condictio ex testamento*.

On soulève enfin, contre le caractère subsidiaire de l'action de dol, une objection plus grave que les deux précédentes.

On sait que dans les contrats de bonne foi le dol d'une des parties contractantes se trouve réprimé par l'action même du contrat, en vertu des pouvoirs que donne au juge la formule des actions *bonæ fidei*, et cependant, dit-on, il y a des textes qui donnent à la partie lésée par le dol de son contractant l'action *de dolo*. C'est donc que cette action n'est pas subsidiaire, puisqu'à sa place on pourrait exercer l'action même du contrat. Le premier de ces textes est la loi 37 à notre titre (*De dolo malo*, IV, III), dans laquelle Ulpien donne l'action de dol à un acheteur contre son vendeur qui s'est rendu coupable de dol envers lui. Nous croyons qu'il y a dans ces mots *actio de dolo* une inexactitude de langage. Ulpien a voulu dire que ce dol engendrerait une action, et que l'acheteur pourrait exercer l'action *ex empto* en se fondant sur le dol de son vendeur.

On peut faire la même réponse à l'objection tirée du second de ces textes, de la constitution d'Alexandre Sévère et d'Antonin, qui forme la loi 1 au Code à notre

titre (*De dolo malo*, II, XXI). Les empereurs décrètent que si un fidéjusseur a acheté le gage du créancier, il agira sagement, si le débiteur principal lui offre le montant du capital et des intérêts, de lui restituer la propriété avec les fruits qu'il a perçus, afin de n'être pas poursuivi par l'action de dol pour avoir manqué à la bonne foi. Les empereurs veulent dire simplement que si le fidéjusseur refuse de restituer le gage, son dol donnera naissance contre lui à l'action *mandati contraria*. Notons, en passant, qu'on a essayé d'édifier sur cette constitution d'Alexandre Sévère et d'Antonin un système nouveau, et qui consiste à soutenir que l'action de dol perd son caractère subsidiaire lorsqu'elle est en présence d'une autre action infamante, et qu'alors ces deux actions peuvent être exercées concurremment. Ce système ne tend pas à contester le caractère subsidiaire de l'action de dol, mais simplement à y apporter une nouvelle dérogation, peu importante d'ailleurs, car les actions infamantes ne sont pas nombreuses. Nous croyons toutefois qu'il doit être rejeté, car l'ensemble des textes affirme le caractère subsidiaire de l'action de dol avec une énergie qui ne permet pas d'y apporter cette exception.

Nous avons ainsi solidement établi le caractère subsidiaire de l'action de dol, auquel nous n'avons admis que deux exceptions, celle de l'action *quod metus causa*, et celle de la *restitutio in integrum ob dolum*, et nous avons fait justice des objections élevées contre cette règle. Il nous reste maintenant à justifier ce caractère subsidiaire de l'action *de dolo* avant d'en étudier la portée.

Plusieurs considérations contribuent à justifier cette règle que l'action de dol n'est donnée à la partie lésée qu'à défaut de toute autre voie de recours. Un premier

motif, c'est le caractère infamant de cette action; le préteur ne veut pas multiplier les causes d'infamie. C'est le motif qu'en donne Ulpien dans la loi 1, § 4, à notre titre : « *Meritò prætor ita demum hanc actionem pollicetur, si alia non sit, quoniam famosa actio non temere debuit a prætore decerni; si sit civilis, vel honoraria, quâ posset experiri.* » Toutefois, l'infamie encourue par le défendeur n'est pas la seule cause du caractère subsidiaire de notre action. Le préteur s'est appuyé pour cela sur des considérations d'une plus grande gravité. En effet, s'il accorde à la partie lésée le secours de l'action de dol, c'est parce que la procédure ordinaire ne lui offre aucun moyen de se protéger contre le dol dont elle a été victime.

L'intervention du préteur n'était nécessaire que dans le cas où la personne lésée n'avait aucune autre voie de recours. Cette action dut être limitée à cette hypothèse, le préteur ne dut accorder son action de dol qu'en cas d'absolue nécessité et comme *ultimum remedium.* En faisant cela, le préteur agit sagement, car s'il s'était montré plus facile, plus large dans la délivrance de l'action de dol, cette action aurait fini par empiéter sur le domaine des autres actions. On aurait pu chercher à s'en servir aux lieu et place des autres actions, et on aurait pu faire subir, de cette façon, à la procédure romaine, une modification complète. Le préteur, dans la création de l'action de dol, comme dans toutes les autres innovations, a toujours respecté le vieux principe du droit civil; il ne l'a pas renversé, car il en était le gardien « *juris civilis custos.* » Il n'y a fait échec que dans le cas où l'équité l'exigeait d'une façon impérieuse.

Il nous reste à étudier en lui-même ce caractère subsi-

diaire de l'action de dol, et la portée de cette règle d'après laquelle le magistrat ne l'accorde qu'à défaut de toute autre action, et à en indiquer quelques applications.

§ 1.

Étendue d'application du caractère subsidiaire de l'action de dol.

L'étendue de cette règle se trouvera parfaitement décrite lorsque nous aurons développé les quatre propositions suivantes :

1° Lorsqu'on dit que l'action de dol n'est donnée qu'à défaut de toute autre action, ce dernier mot est pris dans son sens le plus large; 2° l'action de dol est refusée quand la victime peut exercer un recours utile contre un tiers étranger au dol; 3° notre action lui est refusée quand elle a perdu, par sa faute, une voie de recours qu'elle possédait; 4° notre action est, au contraire, donnée lorsqu'il y a doute sur l'existence d'un autre moyen de recours. Après avoir développé ces quatre propositions, nous n'aurons plus qu'à indiquer les applications les plus remarquables du caractère subsidiaire de l'action de dol.

1re *Proposition*. — L'action de dol n'est donnée qu'à défaut d'autre action, et ce mot est pris ici dans son sens le plus large. Il faut entendre ici, par action toute espèce de moyen de recours, toute voie de poursuite ordinaire ou extraordinaire, même les interdits, les *restitutiones in integrum* et les exceptions. On le voit, le mot action n'est pas pris ici dans son sens ordinaire, et nous sommes loin des deux définitions qu'en donne Ulpien dans la loi 178, au Digeste, *De verborum significatione* (L, XVI).

Au sens large, le mot action désigne le droit d'agir en justice, de se présenter devant un *judex* ou devant des *arbitri* avec une formule délivrée par le magistrat. En ce sens le mot action comprend à la fois les actions *in rem* et les actions *in personam.* Dans un sens restreint, ce mot ne sert plus qu'à désigner les seules actions *in personam.* Il ne s'applique plus ni aux actions *in rem* auxquelles on réserve le nom de *petitiones,* ni aux *cognitiones extraordinariæ* que l'on appelle *persecutiones.* Ce n'est dans aucun de ces deux sens qu'est employé le mot *actio* par l'édit du préteur lorsqu'il exige, pour accorder l'action *de dolo,* que la partie lésée n'ait à son service aucune action. L'édit veut dire : aucune voie de recours. Le mot action comprend donc d'abord toutes les actions civiles et honoraires. Il ne comprend pas seulement les actions *rei persecutoriæ,* mais aussi les actions pénales. Ainsi, en vertu de ce principe, le magistrat devrait refuser la formule de l'action de dol au demandeur qui serait investi d'une action pénale. Les actions pénales sont celles qui tendent à appauvrir le défendeur et à enrichir le demandeur, auquel elles procurent, outre l'indemnité à laquelle il peut avoir droit, pour réparation du préjudice souffert, un bénéfice véritable, un enrichissement. Nous avons à peine besoin de faire remarquer combien il importe de ne pas confondre les actions pénales, qui sont des actions privées, avec les actions criminelles dont le but est de frapper d'une peine le défendeur, et aussi de lui imposer le paiement d'une condamnation dans l'intérêt du fisc. Ces actions criminelles sont des actions d'ordre public; elles se cumulent toujours avec les actions pénales qui sont d'ordre privé; mais ces actions criminelles n'empêchent pas l'exercice de l'action *de dolo,*

puisqu'elles peuvent concourir avec toutes les actions d'ordre privé.

La loi 7, § 1 à notre titre, affirme ce principe : pour trouver une application de ce texte, il faut imaginer une hypothèse dans laquelle le fait entaché de dol ne puisse pas donner lieu à la fois à une action pénale et à une action *rei persecutoria*. Ainsi nous ne pourrions pas prendre l'hypothèse d'un vol commis au préjudice d'un propriétaire, car ce *furtum* donne naissance à la fois à l'action *furti* et à l'action en revendication. Il faut supposer qu'un *prædo* a dérobé des fruits pendants par branches ou par racines qui se trouvent sur un fonds grevé d'usufruit. Dans cette hypothèse, le nu-propriétaire seul a l'action en revendication, car les fruits n'appartiennent à l'usufruitier qu'à partir de la perception. L'usufruitier ne peut intenter contre le *prædo* que l'action *furti*. Il ne peut pas agir contre l'action *de dolo* en raison du caractère subsidiaire de cette action.

Dans le paragraphe 2 de cette même loi 7 à notre titre, Ulpien refuse l'action de dol au demandeur qui peut exercer une *actio popularis*. Ceci demande quelques explications. Les *actiones populares* rentrent bien dans les actions de droit privé, puisqu'elles exigent la délivrance d'une formule et tendent à une condamnation pécuniaire au profit du demandeur, mais en même temps elles offrent une grande analogie avec les actions criminelles publiques, en ce que, comme celles-ci, elles peuvent être exercées par tout citoyen, sans qu'il ait été atteint d'aucune manière par les faits qui y donnent lieu, car ces actions sont fondées sur un motif d'ordre public. Citons comme exemples de ces actions : l'*actio de effusis vel dejectis*, et l'*actio de albo corrupto*.

Toutefois, Ulpien en disant que la faculté d'exercer une action populaire suffit à faire refuser à la personne lésée l'action *de dolo*, appuie sa solution sur une décision de Pomponius. Il semble indiquer par là que cette solution aurait donné lieu à une controverse. Il n'y a là rien qui puisse paraître étonnant. Les *actiones populares*, en effet, appartiennent à tout citoyen, et non pas seulement à la partie lésée. Elles ne font donc réellement partie du patrimoine d'un particulier, que lorsque celui-ci les a mises en mouvement, lorsqu'il est arrivé à la *litis contestatio*.

Il est impossible de savoir si l'*actio popularis* sera exercée par la victime du dol. On pouvait donc hésiter à lui refuser l'action de dol, puisqu'on ne pouvait pas affirmer qu'elle avait une autre action à son service.

Mais l'opinion d'Ulpien et de Pomponius fut admise, et avec raison; en effet, si l'*actio popularis* a été exercée par la victime du dol, la condamnation qu'elle a obtenue lui a procuré la réparation du préjudice souffert, et on doit, en toute justice, lui refuser l'action de dol. On doit encore la lui refuser lorsque l'*actio popularis* a été exercée par un tiers, parce que nous savons que l'action de dol doit être refusée à la personne lésée, lorsque celle-ci pouvant se faire indemniser du préjudice causé par le dol au moyen d'une action, a laissé périr cette action par sa faute. Or, la victime du dol qui laisse exercer par un tiers l'*actio popularis* née de manœuvres frauduleuses, est en faute d'avoir laissé perdre pour elle cette action. On doit donc lui refuser l'action de dol. La victime du dol est en faute dans cette hypothèse, bien que tout citoyen puisse intenter une *actio popularis*, parce que, lorsque plusieurs personnes se présentent à la fois pour obtenir délivrance de la formule de cette

action, le préteur ne l'accorde qu'à celle qui a un intérêt à l'action.

Il est donc vrai de dire avec Ulpien et Pomponius, que le magistrat doit refuser l'action de dol à la personne lésée qui peut exercer une action pénale ou une *actio popularis*.

On la refuse encore à la victime du dol qui peut en obtenir la réparation au moyen d'un interdit; en effet, les interdits ressemblent à de véritables actions, et aboutissent, comme elles, à des condamnations. C'est ce que dit la loi 37, *De obl. et act.* (XLIV, VII), *interdicta actionis quoque verbo continentur*.

C'est encore en vertu du même caractère que la possibilité pour la partie lésée d'obtenir une *restitutio in integrum,* lui fait refuser la délivrance de l'action de dol, mais pour cela il est nécessaire que cette *restitutio* ne soit pas fondée sur le dol. En effet, ainsi que nous l'avons vu, lorsque les manœuvres frauduleuses ont déterminé la formation d'un acte juridique, la partie lésée peut intenter l'action de dol ou demander la *restitutio in integrum,* et nous avons vu d'après quelles circonstances elle devait se guider dans son option. Mais l'exception apportée au caractère subsidiaire de l'action de dol se limite au cas où la *restitutio in integrum* est fondée sur le dol. Lorsqu'elle est fondée sur toute autre cause, elle empêche l'exercice de l'action de dol.

Il en est ainsi notamment dans l'hypothèse où un mineur de vingt-cinq ans a contracté sous l'empire de la fraude. Les mineurs de vingt-cinq ans n'ont pas besoin d'alléguer un fait de dol ou de violence pour obtenir la rescision de l'acte qu'ils ont consenti. Il leur suffit d'invoquer leur âge pour obtenir une *restitutio in integrum*

ob ætatem; le mineur se verra dans cette hypothèse refuser l'action *de dolo* parce qu'il peut obtenir une *restitutio in integrum ob ætatem.* Nous en trouvons une application dans la loi 38 à notre titre, dans laquelle Ulpien supposant qu'au moyen de manœuvres frauduleuses un débiteur a obtenu sa libération, déclare que si le créancier est majeur de vingt-cinq ans, il aura l'action de dol, et s'il est mineur de vingt-cinq ans, il aura la *restitutio in integrum* fondée sur son âge, et non sur le dol, et qu'ainsi on lui refusera l'action *de dolo :* « *Quidam debitor epistolam quasi a Titio mitti creditori suo effecit, ut ipse liberetur; hac epistola creditor deceptus, aquiliana stipulatione et acceptilatione liberavit debitorem; postea epistola falsa reperta, creditor major quidem viginti quinque annis de dolo habebit actionem; minor autem in integrum restituetur.* »

Pour que la victime du dol puisse exercer l'action *de dolo,* il faut qu'elle n'ait aucune autre voie de poursuite à son service, ni action ordinaire personnelle ou réelle *rei persecutoria,* ni action pénale, ni même une *actio popularis,* ni un interdit, ni une *restitutio in integrum.* Il faut en outre qu'elle ne puisse invoquer aucun moyen de défense, aucune exception.

On le voit de suite, il ne peut être question d'une exception pour écarter l'action *de dolo,* que dans l'hypothèse où le résultat du dol a été de créer une action contre celui qui en a été la victime. L'exception n'étant qu'un moyen de défense, elle ne peut faire refuser l'action *de dolo* que lorsque par suite du dol la victime est sous le coup d'une action judiciaire. Si, au contraire, le dol a consisté dans un préjudice matériel, dans la mort d'un esclave ou la perte d'un animal, il ne peut plus être

question d'exception, pas plus que dans le cas où le fait juridique déterminé par le dol a produit immédiatement tous ses effets, comme lorsqu'il s'agit d'une acceptilation. De même la victime du dol n'aura pas besoin de recourir à une exception lorsque le dol aura déterminé la formation d'un contrat de bonne foi. En effet, si c'est le créancier qui a été victime de la fraude, on ne conçoit pas l'existence d'une exception. L'action de dol est toutefois exclue dans ce cas parce que le créancier peut exercer l'action du contrat. Si les manœuvres frauduleuses ont été exercées sur le débiteur, il n'aura pas besoin d'une exception pour se défendre. Il pourra se protéger directement sans avoir besoin de faire insérer une exception dans la formule. — Pour que l'action de dol soit écartée par une exception, il faut donc supposer que la fraude a déterminé la victime à jouer le rôle de débiteur dans un contrat *stricti juris;* mais alors il faut distinguer suivant que l'auteur des manœuvres frauduleuses est le créancier lui-même ou un tiers étranger au contrat.

Supposons d'abord que le dol a été commis par le créancier, par le titulaire de l'action *stricti juris*, et prenons l'espèce d'une stipulation : Par son dol, Primus a déterminé Secundus à lui faire une promesse. Secundus opposera l'exception de dol à l'action *ex stipulatu* que Primus intentera contre lui.

Nous devons remarquer que dans le cas où l'action de dol est refusée au débiteur d'un contrat *stricti juris,* parce qu'il peut, au moyen de l'exception de dol, repousser l'action du créancier, elle lui est aussi refusée lorsqu'il a exécuté son obligation, sans attendre les poursuites du créancier. Elle ne lui est plus refusée

dans ce cas, parce qu'il a à son service l'exception de dol, mais parce qu'il peut exercer la *condictio indebiti*, car il a payé par erreur ce qu'il ne devait pas, étant protégé par une exception perpétuelle. Et s'il a payé en connaissance de cause, l'action *de dolo* lui est encore refusée, parce qu'il a laissé éteindre par sa faute une voie de recours qu'il possédait (l. 36, § 3, *De condict. indebit.*, XII, VI).

Supposons maintenant que le dol a été commis par un tiers étranger au contrat de droit strict; par ses manœuvres frauduleuses un tiers m'a déterminé à faire à une autre personne une promesse par stipulation. Pourrai-je demander au tiers auteur du dol la réparation du préjudice qu'il m'a causé, pourrai-je intenter contre lui l'action *de dolo*, alors même qu'il me serait possible d'obtenir cette réparation grâce à un moyen de défense que je possède contre le stipulant innocent du dol? Cette question rentre dans le cadre de notre deuxième proposition.

Deuxième proposition. — L'action de dol est refusée à la victime du dol lorsqu'elle peut invoquer un moyen de défense contre un tiers étranger au dol.

Le but de l'action de dol est de procurer à la partie lésée la réparation du dommage qu'elle a éprouvé; on conçoit dès lors que cette action lui soit refusée lorsqu'elle a à son service un autre moyen de se faire indemniser, quoique ce moyen consiste en une voie de recours contre un tiers étranger au dol (l. 5, *De dolo malo*). Peu importe de quelle manière la victime du dol obtienne réparation du préjudice causé par le dol, que cette réparation lui soit fournie par le *fraudator* lui-même ou par un tiers innocent. Mais l'action de dol ne sera refusée à la victime

que dans le cas où le moyen de défense qu'elle possède est dirigé contre un tiers solvable. Si ce tiers étranger au dol était insolvable, la victime pourrait poursuivre, par l'action *de dolo,* l'auteur des manœuvres frauduleuses. On doit la considérer, en effet, comme n'ayant aucune voie de recours, puisque la seule qu'elle possède est illusoire.

Dans l'hypothèse déjà prévue où un contrat de droit strict a été déterminé par les manœuvres d'un tiers qui n'a pas pris part au contrat, le préteur ne refusera l'action *de dolo* au débiteur, victime du dol, que dans le cas où il a contre son créancier une exception autre que l'exception de dol. Le moyen de défense qui écarte l'action *de dolo* doit être indépendant du dol qui a déterminé la formation du contrat. Les textes nous fournissent plusieurs applications de cette règle.

Supposons par exemple que par suite des manœuvres frauduleuses de Primus, Seia s'est portée *intercessor* vis-à-vis de Secundus, qui est resté étranger au dol. Seia, alors même qu'elle se serait engagée sans y avoir été poussée par le dol de Primus, pourrait faire tomber son *intercessio* en opposant à l'action de Secundus l'exception du sénatus-consulte Velléien. Seia pouvant ainsi invoquer l'exception de ce sénatus-consulte contre Secundus, et se faire indemniser par lui du dol de Primus, le préteur refusera de lui délivrer contre ce dernier l'action *de dolo.*

Nous trouvons un autre exemple de cette règle dans le cas d'une donation réalisée par voie de stipulation. Trompé par les manœuvres dolosives de Secundus, Primus s'est engagé par stipulation envers Tertius, *donandi animo*, à l'époque où la *lex Cincia de donis et muneribus* était en vigueur. La donation dépasse le *modus le-*

gitimus fixé par cette loi, et en outre Tertius n'est pas une des *personæ exceptæ,* envers lesquelles une donation peut dépasser le *modus.* Le donateur Primus n'aura pas l'action de dol contre Secundus, il ne pourra qu'invoquer contre le donataire Tertius l'exception *legis Cinciæ,* car la donation par voie de stipulation n'était pas *perfecta.*

La loi 5 à notre titre prévoit à ce sujet une hypothèse intéressante. Un pupille a été amené par le dol de Titius à faire avec lui un contrat pour lequel son tuteur complice du dol, lui a donné son *auctoritas.* Ulpien décide qu'on doit refuser au pupille l'action *de dolo* contre Titius, parce qu'il peut poursuivre son tuteur par l'action *tutelæ.* Il n'aurait l'action de dol que dans le cas où son tuteur serait insolvable. Mais alors il faut supposer que le tuteur n'a pas fourni la *satisdatio,* qu'il s'agit d'un tuteur testamentaire ou d'un tuteur Atilien nommé par le magistrat *cum inquisitione.* S'il y avait eu *satisdatio,* l'action de dol ne pourrait être accordée qu'en cas d'insolvabilité des fidéjusseurs et du magistrat qui a reçu la *satisdatio.*

Troisième proposition. — L'action de dol est refusée à la partie lésée qui a perdu par sa faute un moyen de réparation.

Quand la victime du dol a perdu par sa faute le moyen d'obtenir réparation du dommage causé, action ou exception qu'elle possédait, on lui refuse l'action *de dolo,* comme si cette autre voie de procédure perdue par sa faute était encore à sa disposition. C'est ce qu'expriment Ulpien et Pomponius dans la loi 1, §§ 6 et 7 à notre titre : « *Et si alia actio tempore finita sit, hanc competere non debere; sibi imputaturo eo, qui agere supersedit : nisi in hoc quoque dolus malus admissus sit, ut tempus*

exiret. » La fin de ce texte nous indique que l'action *de dolo* est cependant accordée à la personne victime de manœuvres frauduleuses, qui a laissé éteindre *tempore* l'action temporaire dont elle était investie pour se faire indemniser, lorsque cette extinction *tempore* de la voie de recours a été elle-même le résultat de nouvelles manœuvres dolosives. Il y a dans ce fait un nouveau dol qui donne naissance à l'action *de dolo.*

Nous pouvons citer une autre hypothèse assez curieuse dans laquelle l'action *de dolo* est donnée après la perte de l'exception de dol. Supposons pour cela que le résultat des manœuvres frauduleuses a été d'imposer à Primus une mancipation en faveur de Secundus, l'auteur du dol. Par le seul effet de la mancipation, la propriété est transférée à Secundus, mais s'il n'y a pas eu tradition de la chose mancipée, elle reste en la possession de Primus qui n'est plus propriétaire. Secundus exerce la revendication contre Primus; si celui-ci a découvert la fraude pratiquée contre lui, il opposera l'exception *doli mali* à la revendication. Mais si au moment où Secundus le poursuit par la *rei vindicatio,* il ignore encore qu'il a été trompé, s'il néglige alors d'opposer l'exception de dol, on devra lui donner l'action de dol. En effet, dans cette espèce on ne peut pas lui donner la *condictio sine causà,* car cette action suppose un enrichissement du patrimoine.

Or, en livrant à Secundus la possession de la chose qu'il revendique, Primus n'a pas augmenté le patrimoine du demandeur; c'est la mancipation seule qui a été pour Secundus la cause d'un enrichissement. Primus étant aussi dépourvu de toute voie de recours, nous lui accorderons l'action *de dolo,* bien qu'il ait perdu l'*exceptio doli mali.*

Quatrième proposition. — L'action de dol est accordée lorsqu'il y a doute sur l'existence d'une autre voie de recours.

Cette règle est affirmée par Ulpien dans la loi 7, § 3 à notre titre. Lorsque l'existence d'une autre voie de recours est incertaine, le préteur accorde *de plano* l'action de dol. Telle était l'opinion du jurisconsulte Labéon. Il en donne dans le texte précité plusieurs applications qu'Ulpien critique fort justement; mais il faut remarquer que si Ulpien conteste les applications du principe qu'en donne Labéon, il accepte, au contraire, le principe lui-même.

Voici l'une des hypothèses prévues par Labéon : Titius devait à Seius un esclave, soit en vertu d'une vente, soit en vertu d'une stipulation. Il l'empoisonne avant de le lui livrer. Labéon décide que le préteur doit toujours accorder à Seius l'action de dol, sans distinguer si au moment du paiement Titius lui a ou non fait une promesse *de dolo;* en effet, dit Labéon, alors même que Titius aurait fait cette promesse lors de la livraison de l'esclave, il est douteux que Seius soit investi de l'action *ex stipulatu.* Il y avait doute aux yeux de certains jurisconsultes, lorsque la stipulation *de dolo* n'intervenait qu'au moment du paiement, et plusieurs refusaient dans ce cas au stipulant l'*actio ex stipulatu*, parce que la *cautio de dolo* était ainsi conçue : « *Spondes ne dolum malum abesse abfuturumque* » (l. 19 pr., *Judic. solv.,* XLVI, VII), et alors ces jurisconsultes disaient que par cette *cautio* le promettant ne garantissait que le dol présent et le dol futur, et non le dol passé. Or, l'empoisonnement étant antérieur à la livraison de l'esclave et à la stipulation *de dolo,* constituait un dol passé. C'est avec raison qu'Ulpien combat

une pareille argumentation, car le dol réalisé par le fait de donner du poison à l'esclave se prolonge et se reproduit au moment où Titius livre l'esclave empoisonné. Il faut donc décider que dans cette espèce l'action de dol est écartée par l'*actio ex stipulatu*.

Ulpien adresse encore à la solution donnée par Labéon une autre critique non moins fondée que la précédente, et lui reproche avec raison de n'avoir pas distingué entre la vente, contrat de bonne foi, et la stipulation, contrat de droit strict. L'action de dol ne sera donnée que dans l'hypothèse où l'esclave aura été livré en exécution d'un contrat de droit strict. Si, au contraire, il y avait eu une vente, l'action de dol devrait être refusée à l'acheteur, car il trouve dans l'action *ex empto* un moyen d'obtenir la réparation du dommage que lui cause le dol de son vendeur.

Des auteurs ont voulu étendre aux contrats de droit strict cette solution qui n'est vraie qu'en matière de contrats de bonne foi, et dire que lorsqu'en livrant le fonds qu'il avait promis par stipulation, le promettant commet un dol, le paiement n'est pas complet et le stipulant peut exercer l'*actio ex stipulatu*. Les auteurs invoquent en ce sens le texte de la loi 27, *De solutionibus* (XLVI, III). Primus promet un fonds à Secundus par stipulation; puis, avant de livrer, il établit sur ce fonds une servitude. Nous croyons que malgré ce texte Secundus a l'action de dol et non l'action *ex stipulatu*, car le paiement a éteint cette dernière action, et dans la stipulation, contrat de droit strict, le promettant ne répond pas de son dol.

Quoi qu'il en soit, Ulpien dans la loi 7, § 3 accepte la règle que l'action de dol est accordée du moment où

il y a doute sur l'existence d'une autre action. Cette solution était universellement admise. Aussi Paul affirme-t-il ce principe, sans indiquer qu'il ait soulevé des controverses (l. 5, § 3, *De præscr. verbis,* XIX, V). Dans un autre texte, Ulpien suppose encore l'existence de cette règle; il prévoit l'hypothèse suivante :

Un tiers connaît la retraite d'un esclave qui s'est enfui de chez son maître. Il fait avec ce dernier une convention par laquelle le maître s'engage à lui payer une certaine somme, s'il retrouve son esclave. A l'époque d'Ulpien, on hésitait encore à voir dans cette hypothèse qui constitue un *negotium facio ut des* un contrat innommé et à donner l'action *præscriptis verbis.* Aussi, en présence de cette controverse, de ce doute sur l'action *præscriptis verbis*, Ulpien décide que s'il y a eu dol, le préteur doit accorder l'action *de dolo.*

L'étude de ces quatre propositions nous a fait connaître exactement ce qu'il faut entendre par le caractère subsidiaire de l'action de dol. Il nous reste à indiquer quelques applications intéressantes de cette règle.

§ 2.

Conséquences du caractère subsidiaire de l'action de dol.

La règle que l'action *de dolo* constitue un *ultimum remedium,* qu'elle est essentiellement subsidiaire, produit des conséquences importantes. Il faut en conclure d'abord que l'action *de dolo* doit être refusée à la victime, lorsque l'acte entaché de dol est un contrat de bonne

foi, car alors la victime du dol n'est pas dépourvue de toute voie de recours. Plusieurs fois déjà nous avons fait allusion à cette conséquence qui s'impose. Les contrats de bonne foi contiennent, en effet, l'obligation pour chacune des parties de ne pas commettre de dol, et lorsque l'action née de ces contrats est portée devant le juge, la formule de l'action lui impose le devoir de tenir compte du dol qui a pu se produire. La formule contient ces mots : *Quid quid paret ex fide bona dare oportere.* Il n'est donc nullement nécessaire de donner à la partie lésée par le dol de son cocontractant une action pour se faire indemniser du préjudice qui lui est causé, puisque cette réparation peut être obtenue par l'action même du contrat.

Des auteurs ont soutenu cependant que l'action de dol devait être donnée dans un contrat de bonne foi, lorsque l'auteur du dol avait exécuté son obligation. Ainsi, supposons l'espèce suivante : Primus vend un esclave à Secundus, et il l'empoisonne avant de le lui livrer. On a dit que Secundus, en acceptant la tradition qui lui était faite par Primus, avait éteint son action *ex empto* et que, par conséquent, il devait pouvoir agir au moyen de l'action de dol. Cette opinion est universellement repoussée; en effet, dans les contrats de bonne foi, chacun des contractants est tenu de son dol. Le vendeur Primus, en livrant l'esclave, n'a pas exécuté toutes les obligations que lui imposait le contrat de vente; il a manqué à son devoir de s'abstenir de tout dol. L'acheteur Secundus aura contre lui de ce chef l'action *ex empto* pour exiger la réparation du préjudice causé par le dol.

Ce n'est pas d'ailleurs une simple question de procédure que nous agitons. Il y a pour la victime du dol

un intérêt considérable à intenter l'action du contrat de bonne foi au lieu de l'action de dol; nous le verrons en étudiant les résultats de l'action *de dolo*. Cette action offre deux inconvénients qui n'existent pas dans les actions de bonne foi; elle est annale et ne peut être exercée que pendant l'année utile qui suit les faits constitutifs de dol; en outre, elle est *pœnæ persecutoria a parte rei*, et par conséquent, elle ne peut être dirigée que contre l'auteur du dol lui-même et non contre ses héritiers, à moins que ceux-ci n'aient tiré un profit du dol commis par leur auteur.

L'un des cas les plus fréquents où le préteur refuse l'action de dol, est assurément celui où la personne lésée peut exercer l'action de la loi Aquilia. Aussi les textes du Digeste en renferment-ils de nombreux exemples, notamment dans la loi 7, § 4 à notre titre.

L'une des hypothèses prévues par cette loi est celle où le propriétaire d'un esclave soumis à un droit d'usage le tue pendant que cet esclave n'est pas en sa possession; on donne alors à l'usager l'action *legis Aquiliæ*. Il y eut toutefois controverse sur ce point, car cette action ne devait être donnée qu'au propriétaire. On l'étendit à l'usager et à l'usufruitier parce qu'ils sont titulaires de droits réels, démembrements de la propriété, mais alors elle n'est donnée à l'usager qu'à titre d'action utile. L'usager investi de l'action *legis Aquiliæ utilis* ne peut pas exercer l'action *de dolo*.

Citons encore un cas dans lequel l'action de dol est écartée par la loi Aquilia. Dans l'hypothèse déjà prévue où un nu-propriétaire a causé l'extinction de l'usufruit par son dol, par exemple, en brûlant la maison grevée d'usufruit, l'usufruitier pourra se voir refuser l'action de dol.

Supposons que cet usufruitier tienne son droit d'un legs *per vindicationem,* ou bien que l'usufruit ait déjà été constitué sur sa tête à l'état de droit réel, à la suite d'un legs *per damnationem.* Dans ces hypothèses, l'usufruitier n'a pas l'action *ex testamento,* mais il a l'action *utilis leges Aquiliæ,* et partant l'action de dol lui sera refusée.

Mais l'application la plus importante de notre règle, celle sur laquelle nous voulons insister un peu plus longuement, c'est sur le devoir du magistrat de refuser l'action *de dolo,* lorsque la personne lésée s'est fait faire une promesse, une *cautio de dolo.* Nous avons déjà dit quelques mots de cette stipulation *de dolo,* qu'on désigne fréquemment sous le nom de *clausula doli.* Nous avons vu combien elle était utile avant la création de l'action de dol; nous allons examiner maintenant dans quelles hypothèses elle intervient, et quel avantage elle procure au stipulant en lui permettant d'agir par l'action *ex stipulatu,* sans avoir besoin de recourir à l'action *de dolo.* Cette stipulation intervient le plus souvent lorsque des personnes forment entre elles un contrat; elle sert à les prémunir contre le dol de leur cocontractant. Lorsque les parties se sont réciproquement promis par la *clausula doli : dolum abesse abfuturumque,* l'action *ex stipulatu* appartient à chacune d'elles pour obtenir réparation du dommage que pourrait lui causer le dol de l'autre partie. La possibilité d'exercer cette action fait refuser par le préteur, à celui qui en est investi, l'action subsidiaire *de dolo.*

Les avantages que l'action *ex stipulatu* offre sur l'action de dol apparaîtront d'une manière évidente lorsque, dans notre troisième chapitre, nous étudierons les résul-

tats de l'action *de dolo*. Nous pouvons cependant les indiquer, dès à présent, en quelques mots.

L'action *ex stipulatu* est une action civile née d'un contrat *ex contractu;* il en résulte cette double conséquence qu'elle est perpétuelle et qu'elle est transmissible activement et passivement. L'action *de dolo,* au contraire, née du fait de dol en vertu de l'édit du préteur, est une action prétorienne et pénale, et, par conséquent, cette action offre, nous le verrons bientôt, le double inconvénient d'être annale, de ne pouvoir être exercée que dans le court délai d'une année utile, et ensuite de ne pouvoir être exercée contre les héritiers de l'auteur du dol. De plus, et à la différence encore de l'action *ex stipulatu,* elle fait encourir l'infamie au défendeur condamné.

Il faut déterminer maintenant les circonstances dans lesquelles les parties peuvent recourir à la stipulation *de dolo*. Il ne faudrait pas croire qu'elle pût intervenir entre des personnes qui ne sont unies par aucun rapport juridique afin de réprimer le dol que l'une pourrait commettre envers l'autre. Elle ne peut se produire qu'entre des personnes liées par un rapport juridique préexistant, et, par cette stipulation, les parties ne peuvent promettre de s'abstenir de tout dol qu'en ce qui concerne ce rapport juridique.

La stipulation *de dolo* peut intervenir dans trois hypothèses. Le plus souvent elle se produit à la suite d'une convention, elle est alors conventionnelle. D'autres fois elle est ordonnée par le juge ou par le préteur. On lui donne alors le nom de stipulation *de dolo,* judiciaire ou prétorienne.

Citons un exemple de stipulation *de dolo* convention-

nelle; pour cela, reprenons une hypothèse que nous avons déjà supposée : Titius a promis par stipulation à Seius de lui livrer l'esclave Stichus; les *verba* étant dans la stipulation la cause et la mesure de l'obligation du promettant, Titius sera libéré lorsqu'il aura livré l'esclave à Seius. Mais si dans l'intervalle de temps qui a séparé la stipulation de la translation de la propriété, Titius a empoisonné l'esclave Stichus, il aura accompli son obligation en livrant Stichus déjà empoisonné, car il n'est tenu qu'à en faire tradition. Seius, dans cette hypothèse, aurait bien contre lui l'action *de dolo,* mais nous avons vu qu'il lui était plus utile d'être investi de l'action *ex stipulatu.* Donc, si Seius est prudent, il fera promettre à Titius de s'abstenir de tout dol (ll. 22 et 119, *De verb. oblig.,* XLV, I). Le plus souvent, c'est au moment où Titius fera la promesse de *dare servum,* que Seius lui fera promettre en outre *dolum malum abesse abfuturumque;* mais si Seius a omis cette mesure de prudence au moment de la stipulation principale, il pourra faire faire par Titius la promesse *de dolo* au moment de l'exécution de l'obligation principale (l. 7, § 3, *De dolo malo,* IV, III).

La *stipulatio de dolo* est dite *judicialis* lorsqu'elle est donnée par le juge dans le cours d'une instance. Les textes nous en fournissent de nombreux exemples. Prenons l'hypothèse de la loi 18 *De rei vindic.* (VI, I). Gaïus suppose que Titius revendique contre Seius l'esclave Pamphile, et a obtenu du préteur la délivrance de la formule de la *rei vindicatio.* Devant le *judex,* Titius doit faire la preuve qu'il était propriétaire de l'esclave au jour de la *litis contestatio.* Mais Seius était *in causa usucapiendi* lorsque Titius a obtenu contre lui du préteur

la *rei vindicatio,* et comme dans le système formulaire la *litis contestatio* n'est pas une cause d'interruption de l'usucapion, il arrive qu'au moment où le *judex* va rendre son *arbitrium,* Seius a usucapé l'esclave et en est propriétaire. Dans son *arbitrium,* le juge ordonnera alors à Seius non-seulement de restituer l'esclave à Titius, mais de lui en retransférer la propriété. Faute par lui d'exécuter le *jussus judicis,* Seius sera condamné. Il préfère opérer la restitution, exécuter le *jussus judicis.* Mais alors Titius peut craindre que pendant que la propriété est restée sur sa tête, Seius n'ait affranchi l'esclave ou ne l'ait grevé d'un droit de gage, et que, partant, il ne puisse pas lui en retransférer la propriété, ou du moins qu'il ne puisse lui retransférer qu'une propriété amoindrie. Sur sa demande, le juge ordonnera au défendeur Seius de fournir la *cautio de dolo,* de promettre garantie de son dol. Des exemples analogues se trouvent dans d'autres textes du Digeste, notamment dans les lois 20 et 45 au titre *De rei vindicatione* (VI, I), et dans la loi 9, §§ 5 et 7 au titre *Quod metus causa* (IV, II).

C'est dans des hypothèses beaucoup plus rares que le préteur impose à l'une des parties la promesse de s'abstenir de tout dol. La stipulation *de dolo* s'appelle alors prétorienne. Callistrate nous en fournit un exemple dans la loi 32 au Digeste, *De noxalibus actionibus* (IX, IV). Un esclave a commis un délit à la suite duquel le maître de l'esclave est poursuivi *noxaliter* par la victime du délit. Les parties étant devant le magistrat, *in jure,* le maître de l'esclave voit que la preuve du délit sera facile à faire, et, comme la valeur de l'esclave n'égale pas le montant du préjudice causé par son délit, il se déclare

prêt à en faire l'abandon noxal. Mais alors le préteur exige de lui qu'avant de réaliser l'abandon noxal, de transférer à la victime du délit la propriété de l'esclave, il fasse une promesse *de dolo,* car il est à craindre que le maître de cet esclave ne l'ait détérioré avant de l'abandonner *noxaliter*.

Tels sont les trois ordres d'hypothèses dans lesquels peut intervenir la stipulation *de dolo*. Notons, toutefois, que c'est à l'occasion des contrats, des conventions qu'elle intervient le plus fréquemment. Ce qu'il importe surtout de remarquer, c'est qu'elle ne peut intervenir qu'entre deux personnes liées par un *negotium juris,* et relativement à ce rapport de droit. Lorsqu'elle a été faite par le promettant, le stipulant se trouve investi de l'action *ex stipulatu,* contre le promettant, pour le cas où il contreviendrait à son obligation, et le préteur refuse alors au stipulant l'action *de dolo* en raison de son caractère subsidiaire.

CHAPITRE II.

DES PERSONNES QUI SONT PARTIES A L'ACTION DE DOL.

L'action de dol a pour but la réparation du dommage causé par les faits de dol. Il en résulte qu'elle doit être donnée à celui qui en a été la victime contre celui de qui ils émanent.

C'est donc à la personne lésée par les actes frauduleux qu'est donnée l'action *de dolo*, sans qu'il y ait à distinguer si le dol était dirigé contre elle, si c'était à elle ou à une autre personne que voulait nuire celui qui l'a commis. Toute personne qui souffre un préjudice à la suite d'un dol a le droit d'obtenir l'action *de dolo*. Cette action est donnée contre l'auteur du dol, mais elle n'est donnée que contre lui (l. 15, § 3, *De dolo malo*, IV, III). C'est ce que l'on exprime en disant que l'on réprime le dol direct et non le dol indirect; on ne peut pas poursuivre celui qui a profité du dol sans l'avoir commis. Telle est, du moins, la règle générale. Une solution tout à fait opposée est donnée dans la matière, bien voisine cependant, de l'action *quod metus causa*

(l. 14, § 3, *Quod metus causa,* IV, II). Celle-ci est donnée non-seulement contre l'auteur de la violence, mais encore contre ceux qui en ont tiré un profit immédiat sans y avoir participé. Cette action étant donnée à la fois contre la personne coupable et contre des tiers innocents, on a dit qu'elle était *in rem scripta.* L'*intentio* de la formule ne désigne pas la personne qui a été l'auteur de la violence. Au contraire, l'action *de dolo* n'étant donnée que contre l'auteur du dol, on dit qu'elle est *in personam scripta.* L'*intentio* de la formule de cette action doit nommer l'auteur des manœuvres frauduleuses. Elle était ainsi conçue : « *Si paret dolo malo Numerii Negidii in ea re aliquid factum esse, condemna.* »

Il semble cependant que l'on doit assimiler ces deux actions au point de vue de leurs conséquences pécuniaires, et que l'action *de dolo* doit d'autant mieux atteindre les personnes qui ont tiré un profit du dol, sans y avoir participé, qu'elle n'entraîne qu'une condamnation au simple, tandis que dans l'action *quod metus causa* le défendeur est condamné au quadruple.

Le préteur romain n'a cependant pas cru devoir mettre ces deux actions sur la même ligne. Il n'accorde l'action *de dolo* que contre l'auteur du dol, tandis qu'il donne l'action *quod metus causa* même contre des personnes étrangères aux faits de violence. Nous devons rechercher les motifs de cette différence. On en a présenté plusieurs explications.

Une première explication, que nous ne pouvons admettre, a été présentée par M. Vernet (*Textes choisis sur les obligations*, p. 238 et 242). D'après cet auteur, la violence ne constitue pas un simple vice du consentement; elle le détruit d'une façon absolue. Il est donc

naturel qu'elle fasse annuler dans tous les cas l'acte qu'elle affecte. « Car celui qui, en pareille circonstance, fait un choix, choisit évidemment entre deux choses également éloignées de ses désirs; il ne voudrait ni l'une ni l'autre, et venir dire qu'il a voulu, puisqu'il a préféré *(Qui mavult vult,* disaient les glossateurs), ressemble fort à une plaisanterie. »

Nous n'admettons pas que la violence anéantisse le consentement, pourvu toutefois qu'il ne s'agisse pas de cette violence naturelle que l'on nomme *vis absoluta,* de la violence que l'on exerce lorsqu'on fait signer un individu de force en guidant sa main. La violence ordinaire influe sur le consentement, mais elle ne le détruit pas, et la preuve de ce fait que la violence n'annihile pas la volonté, c'est que la personne violentée reste libre de subir la violence ou d'accomplir l'acte qu'on veut lui imposer par la crainte. La violence, ici, c'est la crainte. Et même, ainsi que l'a fait très justement remarquer M. Demolombe (*Traité des contrats,* t. I, n° 184), la violence a sur la volonté une influence moins profonde que le dol. Celui-ci, en effet, en faisant naître l'erreur, trouble la direction de la volonté. La violence, au contraire, loin de détruire la volonté, en accentue la manifestation.

Lorsqu'on menace un individu pour lui faire signer un acte, lorsqu'on lui met le couteau sur la gorge, on ne peut pas dire qu'il n'ait pas fait un acte de volonté, en préférant à la mort l'accomplissement de l'acte qui touche à sa fortune.

Une autre explication est donnée par le jurisconsulte Ulpien : elle consiste à dire que l'auteur de la violence cherche autant que possible à rester inconnu, qu'on se

cache presque toujours lorsqu'on veut user de violence envers une personne, employer contre elle des moyens d'intimidation. Il en résulte que l'auteur de la crainte reste souvent inconnu. C'est ce qu'Ulpien exprime par cette phrase célèbre : *Metus habet in se ignorantiam* (l. 14, § 3, *Quod metus causa,* IV, II). Celui qui commet les faits de violence ne peut pas se faire connaître, parce que souvent les moyens qu'il emploie tombent sous le coup des lois criminelles. Il est alors de toute justice que la victime de la violence ait action contre d'autres personnes que cet inconnu, contre tous ceux qui ont tiré de la violence un profit direct. Au contraire, on connaît presque toujours l'auteur des manœuvres frauduleuses; il est difficile de se cacher lorsqu'on opère une simulation, quand on cherche à faire naître l'erreur dans l'esprit de la personne pour lui causer un dommage. Aussi, en matière de dol, suffit-il de donner l'action contre l'auteur des manœuvres dolosives, et contre lui seul. Cette explication ne nous paraît pas exacte, car si le motif de la différence qui sépare les actions *de dolo* et *quod metus causa* était, comme on vient de le dire, que l'auteur du dol est connu, tandis que l'auteur de la violence ne l'est pas, il faudrait ne donner l'action *quod metus causa* contre les tiers étrangers au dol qui en ont tiré un profit que dans l'hypothèse où l'auteur des faits de violence est resté inconnu. D'ailleurs, il n'est pas vrai de dire que l'auteur du dol est presque toujours connu, car il y a des hypothèses nombreuses où, au contraire, il fait ce qu'il peut pour ne pas se faire connaître, et souvent il atteint son but. Si c'était bien la raison d'être de la différence qui existe entre nos deux actions, on devrait, dans ces hypothèses, donner l'action *de dolo*

contre les tiers qui ont profité du dol. Nous croyons que si, à la différence de l'action *quod metus causa*, l'action *de dolo* n'est donnée que contre l'auteur du dol, c'est parce que le préteur a tenu compte des considérations suivantes. D'abord, on peut dire que celui qui accomplit un acte sous l'influence de la crainte, cède à une puissance irrésistible; il ne commet aucune faute, il subit une situation qu'il n'a pu éviter, il cède à une fatale nécessité. Il est donc possible, sans violer les lois de l'équité, d'enlever aux tiers le profit qu'ils ont tiré de cet acte consenti par crainte. Dans l'hypothèse de dol, il n'en est plus de même, celui qui sous l'influence du dol donne son consentement à un acte a toujours à se reprocher un peu d'imprudence ou de légèreté. Il est en faute, dès lors il est juste que lui seul soit responsable de sa faute, et qu'il en supporte seul toutes les conséquences. Ce serait aller contre les lois de l'équité que d'obliger des tiers, qui n'ont nullement participé à la faute, à fournir à celui qui l'a commise la réparation du préjudice qu'elle lui a causé. Il faut reconnaître, toutefois, que la restriction de l'action de dol à l'auteur des manœuvres frauduleuses n'est plus justifiée par les faits lorsque le dol a eu pour résultat un acte matériel, lorsqu'il a été réalisé sans que son auteur ait eu besoin du concours de sa victime. Celle-ci n'a aucune faute, aucune imprudence à se reprocher. Quelle faute commet l'individu institué héritier dans un testament, lorsque ce testament a été brûlé par le tiers qui le détenait. Le créancier d'un corps certain n'est pas en faute lorsque, par le fait d'un tiers, la chose due périt aux mains du débiteur. On s'explique cependant que l'action ne soit pas donnée dans ce cas contre les

tiers étrangers au dol à raison du caractère infamant de l'action *de dolo.*

Mais la raison d'être principale de la différence que nous avons signalée entre l'action *quod metus causa* et l'action *de dolo,* le motif qui a surtout déterminé le préteur à assurer d'une manière plus efficace la répression de la violence, c'est qu'elle trouble beaucoup plus profondément l'ordre social que ne le fait le dol. Il ne faut pas, en effet, se contenter de considérer la violence ainsi que le dol au point de vue de leur influence sur le consentement, au point de vue du vice dont ils affectent les actes juridiques. Il faut aussi les étudier en eux-mêmes et envisager les faits constitutifs de violence et de dol, en recherchant à quel degré ils sont dangereux pour l'existence de la société. Cela nous explique pourquoi le préteur a organisé une répression plus énergique contre les actes de violence que contre les actes de dol; il y a été déterminé parce que sa mission était de protéger l'ordre social.

C'est ce qu'exprime fort bien M. Gide, dans un article de revue de droit, la *Revue pratique de droit français* (1865, t. XIX, p. 239) : « Les actions *de dolo* et *quod metus causa* ont pour cause, non-seulement le vice du consentement considéré en lui-même, mais encore les faits qui ont produit le vice, faits coupables, dangereux, et qu'il importe de réprimer. Si maintenant cette répression est plus énergique pour les actes de violence que pour les actes de dol, rien de plus naturel et de plus logique, car les actes de violence apportent, dans les relations sociales, un trouble bien plus grave et plus alarmant. »

La règle est donc que l'action *de dolo* est donnée à

la victime des manœuvres frauduleuses, mais qu'elle ne lui est accordée que contre l'auteur du dol. Toutefois, nous trouvons dans les textes une double catégorie d'exceptions à ce principe : il y a d'abord des personnes lésées par le dol, auxquelles le préteur n'accorde pas l'action *de dolo* contre celui qui a commis la fraude, et cela en vertu de considérations de convenance et de morale.

En second lieu, il y a des personnes qui sont atteintes par l'action *de dolo,* bien qu'elles soient restées étrangères aux manœuvres frauduleuses. Nous étudierons successivement ces deux ordres d'exceptions dans deux paragraphes.

§ 1.

Exceptions au principe que l'action de dolo *est donnée à la personne lésée. — Personnes à qui on la refuse contre l'auteur du dol.*

Dans la loi II, § 1 à notre titre (*De dolo malo,* IV, 3) Ulpien indique certaines personnes auxquelles le préteur refuse l'action *de dolo* contre l'auteur de la fraude. Il y en a trois classes :

1° L'action de dol est refusée au fils contre son père, et même d'une façon plus large aux enfants contre leurs ascendants, aux *liberis adversus parentes.* Il faut prendre ces expressions dans un sens large : ces mots *liberis adversus parentes* comprennent, non-seulement la parenté civile, l'agnation, mais encore la parenté par le sang, la cognation. Ainsi le fils émancipé par son *paterfamilias* ne peut pas intenter contre lui l'action de dol, bien qu'il ait cessé d'être son agnat.

2° Elle est encore refusée à l'affranchi contre son patron ; *libertis adversus patronos.*

3° Enfin, elle n'est pas donnée à un homme de basse condition contre un homme de condition élevée. Voici comment s'exprime Ulpien à ce sujet, et quels exemples il donne : « *Sed nec humili adversus eum, qui dignitate excellit, debent dari : puta plebeio adversus consularem receptæ auctoritatis; vel luxurioso atque prodigo, aut alias vili adversus hominem vitæ emendatioris.* » C'est une idée peu démocratique qui a fait admettre cette dernière exception au principe que l'action de dol doit toujours être donnée à la personne lésée.

On comprend aussi le motif qui fait refuser à l'affranchi l'action *de dolo* contre son patron. Lorsque l'esclave reçoit de son maître la liberté, le premier des biens, il contracte envers lui un rigoureux devoir de reconnaissance. Il ne doit pas y avoir entre l'affranchi et son patron les mêmes rapports qu'entre deux personnes ingénues; leurs rapports sont caractérisés par l'*obsequium,* par la *reverentia.* Or, il serait contraire à la *reverentia* que l'affranchi pût intenter contre son patron l'action de dol et lui faire encourir ainsi la note d'infamie. C'est en raison du caractère infamant de l'action *de dolo, cum sit famosa,* qu'Ulpien refuse de l'accorder aux affranchis contre leur patron, et aux enfants contre leur père. Mais ce n'est pas le seul motif de cette décision.

En ce qui concerne le fils, cette solution d'Ulpien n'est que l'application de la loi naturelle qui ordonne aux enfants d'honorer leurs parents : *Honora patrem tuum et matrem tuam.* C'est une application de la *reverentia.* Ce qui le prouve, c'est que la règle donnée par Ulpien n'est pas limitée aux enfants qui se trouvent en-

core sous la *patria potestas* du *paterfamilias*. Elle s'étend à tous les enfants envers leurs parents selon la loi du sang, au fils envers son père qui l'a émancipé. Le mot ascendant comprend donc ici tous les ascendants, même ceux qui ne sont pas investis de la *patria potestas;* les femmes, les ascendants par les femmes, et même les ascendants non légitimes. C'est ce qu'expriment les mots : *Liberi et parentes*. A ce point de vue, l'action *de dolo* est dans un état d'infériorité par rapport aux autres actions qui peuvent être exercées par le fils contre son père, à la condition, toutefois, que le fils ait obtenu pour cela une autorisation spéciale du préteur (l. 4, § 1, *De in jus vocando,* II, IV). L'action de dol lui est interdite, il ne peut obtenir à ce sujet aucune permission du magistrat, car elle est contraire à la *reverentia* qu'il doit à son père. Ce n'est pas uniquement parce que cette action est infamante que le fils ne peut pas l'intenter contre son père; sans doute, c'est bien un des motifs de cette interdiction; un fils ne peut pas faire noter son père d'infamie. Mais ce n'est pas là le seul motif, et, ce qui le prouve, c'est que d'autres actions ne peuvent pas être intentées par le fils contre son père, sans que pour cela elles entraînent la note d'infamie. Il en est ainsi, notamment de l'action de *servo corrupto,* et aussi des interdits *quod vi aut clam* et *unde vi*.

Le motif qui fait refuser ces actions et l'action de dol au fils contre son père, c'est que leur formule exprime que le défendeur a commis un dol, une fraude. C'est pour cela qu'on refuse aussi au fils l'exception de dol contre son père, aux affranchis contre leur patron, bien que cette exception n'entraîne pas l'infamie; mais elle contient aussi une mention expresse du dol qui a été

commis. Toutes ces actions, ces interdits et l'exception de dol sont refusés aux enfants et aux affranchis, parce que dans leur formule de dol le défendeur est mis en lumière; on les refuse comme contraires à la *reverentia* due au père et au patron. Il n'est donc pas nécessaire pour cela que l'action soit *famosa;* il suffit qu'elle soit *turpis.*

Toutefois, il y a des exceptions à la dernière proposition que nous venons de formuler. Il y a des actions qui, malgré leur caractère *turpis,* sont accordées au fils contre son père. C'est ainsi que, lorsque le fils a un pécule *castrense,* il peut intenter l'action *furti* contre son père, si celui-ci lui a dérobé un objet faisant partie de ce pécule. Telle est la décision formelle d'Ulpien dans la loi 52, § 6 au titre *De furtis* (XLVII, II). Le motif de cette exception, c'est que non-seulement le fils est propriétaire, mais qu'à cet égard il est considéré comme un *paterfamilias.* Un fils émancipé est, lui aussi, plein propriétaire de son patrimoine, qui est distinct de celui de son père; il ne pourrait cependant pas intenter contre celui-ci l'action *furti.* Le motif de cette différence vient de ce que le fils émancipé doit à son père le bénéfice de l'émancipation et le droit d'avoir un patrimoine distinct; il lui doit de ce chef une reconnaissance spéciale. Au contraire, le fils de famille qui possède un pécule *castrense* ne doit qu'à sa qualité de militaire le droit d'être considéré relativement à ce pécule comme un *paterfamilias.* Remarquons, d'ailleurs, qu'aucun texte ne nous permet d'étendre en faveur du fils de famille militaire à l'action *de dolo* la décision relative à l'action *furti.*

Une autre exception analogue à celle de l'action *furti*

nous est indiquée encore par Ulpien dans la loi 10, § 12 au titre de *In jus vocando* (II, 4). Le préteur permet au fils et à l'affranchi d'exercer l'*actio injuriarum* contre leur père ou leur patron, mais dans l'hypothèse seulement où l'injustice est très grave. « *Permittere debet patronum in jus vocari a liberto : si eum gravissima injuria adfecit, flagellis forte cæcidit.* » Cette exception est donc moins complète que celle qui est relative à l'*actio furti,* car cette dernière action est donnée au fils contre son père, à l'affranchi contre son patron, quelle que soit la gravité du vol, si minime qu'il soit, tandis que l'*actio injuriarum* ne leur est donnée que si l'injure est très grave, en cas d'*injuria atrox.* D'ailleurs, ces deux actions ne leur sont jamais accordées par le préteur qu'après une enquête sérieuse et *cognita causa.*

Il ne faut pas croire, cependant, que l'enfant auquel on refuse l'action *de dolo* contre son père qui s'est rendu coupable de dol envers lui, soit dépourvu de tout moyen de recours et ne puisse obtenir réparation du dommage que lui a causé la fraude de son père. S'il est bon qu'un fils ne puisse intenter contre son père une action contraire à la *reverentia* qu'il lui doit, il serait inique que le père pût causer à son fils un préjudice sans être tenu de le réparer. Aussi, dans cette hypothèse, le fils et l'affranchi obtiennent-ils du préteur au lieu de l'action *de dolo* une action *in factum* destinée à la remplacer.

Nous avons là une des trois applications de l'action *in factum* en matière de dol; l'hypothèse que nous venons de présenter est une des trois dans lesquelles l'action *de dolo* se trouve remplacée par une action *in factum.* C'est la loi II, § 1 qui nous apprend que le préteur

accorde dans ce cas au fils et à l'affranchi une action *in factum, ut mentio bonæ fidei fiat*, dit Ulpien. Il en résulte que la formule de cette action ne contient pas le mot de dol, elle n'exprime pas qu'il y a eu fraude, elle exprime simplement que la bonne foi exige de la part de l'ascendant une réparation envers son descendant. L'*intentio* de cette action, au lieu d'être conçue dans les mêmes termes que l'action de dol : « *Si paret Numerii Negidii aliquid dolo malo in ea re factum esse,* » contiendra sans doute les mots suivants : « *Si paret Numerium Negidium in ea re aliquid contra fidem bonam fecisse.* »

Cette simple modification dans la formule de l'action suffisait, au point de vue du formalisme romain, pour que la *reverentia* ne fût pas entamée. Cette action *in factum* avait sur l'action *de dolo* le double avantage de ne pas entraîner la note d'infamie, et de ne pas contenir la mention de la fraude. Mais à cela se bornent, croyons-nous, les différences qui séparent l'action *de dolo* de l'action *in factum* qui la remplace. Cette action doit donc présenter les caractères que nous allons reconnaître à l'action *de dolo,* dans notre troisième chapitre. Elle doit être annale et intransmissible; sans cela, en effet, l'ascendant et le patron, au lieu d'être mieux traités que dans l'action de dol, verraient leur situation s'aggraver parce qu'ils seraient soumis à une action *in factum,* si on déclarait celle-ci perpétuelle et transmissible. Cette action *in factum,* à part l'infamie et la rédaction de sa formule, est comme l'action *de dolo* une action pénale, *pœnæ persecutoria a parte rei.* Par cette action, l'enfant ou l'affranchi doit obtenir la réparation du préjudice que le dol lui a causé. On peut, il est vrai, objecter à

cette solution un texte fort bref de Paul qui se trouve intercalé entre deux textes d'Ulpien, et qui forme la loi 12 à notre titre. Mais on ne peut tirer une objection sérieuse de ce fragment du jurisconsulte Paul, car Justinien (ainsi que nous l'avons dit à la page 40 *in fine*) a bien montré que son intention était de modifier le texte d'Ulpien, en insérant au milieu de ce texte un fragment de Paul.

D'ailleurs, si on n'admet pas que sur l'exercice de cette action *in factum* l'ascendant doit réparer le préjudice causé par son dol, si on décrète qu'il ne doit être condamné que dans la limite du profit qu'il a retiré de sa fraude, cette action sera le plus souvent pour l'enfant lésé un recours purement illusoire.

Le dol, en effet, nuit toujours à la victime, mais il enrichit rarement son auteur, et lorsqu'il lui procure un bénéfice, ce profit est toujours notablement inférieur au préjudice qui en résulte. Cette action *in factum* tend donc, comme l'action *de dolo*, à la réparation du dommage causé par le dol.

Notons, en terminant sur ce point, une singularité que nous trouvons dans la loi 13 pr. à notre titre. Ce n'est qu'au descendant lui-même que l'action *de dolo* est refusée contre l'ascendant, mais elle est accordée aux héritiers de l'enfant victime du dol, pourvu que ces héritiers ne soient pas eux-mêmes des descendants de cet enfant. Il faut, pour cela, que la victime du dol n'ait pas pu intenter l'action *in factum*. A cette condition on accorde l'action *de dolo* à ses héritiers, qui ne sont tenus à aucune *reverentia* envers l'ascendant coupable de fraude

§ 2.

Exceptions à la règle que l'action de dolo *n'est donnée que contre l'auteur du dol.*

Il y a dans les textes du droit romain des hypothèses dans lesquelles l'action de dol est donnée contre une personne qui n'a cependant pris aucune part aux manœuvres frauduleuses, mais qui en a retiré un profit. Cette action est alors fondée sur ce grand principe d'équité que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui. Ainsi, chaque fois que le dol du représentant a procuré un bénéfice au représenté, l'action de dol peut être dirigée contre celui-ci; le représenté sera condamné dans la limite de son enrichissement. Et si le dol du représentant a été commis à l'occasion d'un contrat de bonne foi, c'est par l'action de ce contrat que la victime du dol se fera restituer par le représenté le profit qu'il a retiré de la faute commise par son représentant. Les textes de notre titre *De dolo malo* fournissent plusieurs applications de cette règle.

Une première application nous est indiquée par Ulpien dans la loi 15 pr. Le pupille peut être poursuivi à raison du dol de son tuteur, mais il ne peut être condamné que dans la limite du profit qu'il en a retiré : *Quatenus locupletior factus est.* Papinien décide dans la loi 3, au titre *Quando ex facto tutoris* (XXVI, IX), que le pupille ne peut en principe être poursuivi à raison du dol de son tuteur; mais il ajoute, à l'exemple d'Ulpien, que cette règle n'est vraie que dans le cas où le pupille n'a pas profité du dol de son tuteur. S'il en a retiré

un avantage, il peut être poursuivi par une action *adjectitiæ qualitatis,* et il cite le cas où la victime du dol peut intenter contre lui une action *tributoria.*

Toutefois, les textes nous révèlent l'existence d'une autre doctrine enseignée par Ariston et Pomponius. Cette doctrine est exposée dans une loi assez longue de Pomponius (l. 61, *De admin. et peric. tutorum,* XXVI, VII). D'après ce jurisconsulte, le pupille pouvait toujours être actionné en raison du dol de son tuteur, alors même que ce dol ne lui aurait procuré aucun enrichissement; puis Pomponius posait une distinction : Si le pupille pouvait exercer un recours utile contre son tuteur, il était tenu sur l'action de la victime du dol de réparer l'intégralité du préjudice souffert; il en était ainsi toutes les fois que ce tuteur était solvable ou qu'il avait donné des fidéjusseurs solvables. Lorsqu'au contraire il était insolvable, et que ses fidéjusseurs étaient dans la même situation, Pomponius déclarait que le pupille se libérerait en cédant à la personne lésée les actions qu'il pourrait avoir contre son tuteur. Ces deux doctrines ne diffèrent pas sensiblement l'une de l'autre, ainsi qu'on peut le voir. Comme Ulpien, Pomponius arrive à décider que le pupille ne peut pas souffrir du dol de son tuteur. La théorie de Pomponius offre l'avantage d'éviter au tuteur l'action de dol qui est infamante, et de le faire poursuivre seulement par les actions du pupille, mais ce résultat n'est guère désirable, car le tuteur ayant commis le dol, doit en supporter les conséquences. Aussi nous préférons l'opinion plus simple et plus logique d'Ulpien et de Papinien.

Le § 1 de la même loi 15 prévoit une seconde application de cette règle que le représenté peut être ac-

tionné à raison du dol de son représentant, Ulpien déclare que les municipes peuvent être poursuivis par l'action de dol, lorsque leurs administrateurs se sont rendus coupables de fraude. Mais, comme le pupille, ils ne sont tenus que dans la limite de leur enrichissement.

Enfin, le § 2 du même texte étend cette règle aux représentants conventionnels en général. Le dol du mandataire peut donner naissance à une action *de dolo* dirigée contre son mandant, mais aussi seulement dans la limite du profit que celui-ci en a retiré.

Ainsi donc, dans toutes ces hypothèses, le représenté est poursuivi à raison du dol de son représentant qu'il n'a pas empêché, mais la condamnation encourue se limite à son enrichissement. On aperçoit aisément que la victime du dol n'obtiendra que très rarement une réparation complète au moyen de l'action *de dolo* dirigée contre le représenté, car, dans la plupart des cas, le dommage causé par la fraude sera supérieur au profit qui en résulte pour son auteur. Nous devons donc rechercher si c'est une véritable action *de dolo* qui est dirigée contre le représenté. Cette question n'est pas susceptible d'une réponse absolue; pour rester dans la vérité juridique, il faut établir une distinction entre la forme et le fond. En la forme, c'est bien l'action de dol que la victime exerce contre le représenté; dans la loi 13 et la loi 15 à notre titre, Ulpien est très formel. Il dit que le préteur délivrera la formule de l'action *de dolo*. Au contraire, en ce qui concerne les règles de fond, il n'en est plus de même. L'action que le préteur accorde contre le représenté ne présente pas les caractères de l'action de dol.

C'est ainsi, nous l'avons vu, qu'elle n'aboutit pas à la réparation du préjudice causé. Elle ne tend qu'à la res-

titution de l'enrichissement retiré par le représenté, elle ne procure à la victime qu'une satisfaction incomplète. Elle ne présente pas les caractères que nous allons attribuer à l'action *de dolo* dans notre prochain chapitre; elle n'est pas annale, elle est perpétuelle. Ce n'est vraiment pas une action pénale, et, de plus, elle ne fait pas encourir l'infamie au représenté condamné.

Mais si, sur l'exercice de cette action, la victime du dol ne reçoit pas une indemnité égale au dommage qu'elle a souffert à la suite du dol du représentant, il ne faut pas en conclure qu'elle reste désarmée pour l'excédant du préjudice sur le montant de la condamnation obtenue contre le représenté. Elle peut exercer contre le représentant une action *de dolo,* au vrai sens du mot, pour obtenir satisfaction complète; c'est bien ici une véritable action *de dolo*, car elle est dirigée contre l'auteur même de la fraude.

Toutefois, la personne lésée ne pourrait pas obtenir immédiatement toute l'indemnité qui lui est due, en poursuivant directement le représentant auteur du dol, avant d'attaquer le représenté. En effet, contre le représentant coupable de fraude, c'est la véritable action *de dolo* qui est donnée à la victime; or, nous savons que cette action est subsidiaire, qu'elle n'est accordée qu'à défaut de toute autre action; avant d'intenter contre le représentant l'action *de dolo,* la victime devra exercer contre le représenté l'action que lui donne la loi 15 à notre titre. Cette solution a l'inconvénient de diviser le recours de la victime du dol, mais elle a l'immense avantage de respecter le caractère subsidiaire de l'action *de dolo.*

CHAPITRE III.

CARACTÈRES ET EFFETS DE L'ACTION DE DOL.

Nous avons déjà signalé, au cours de cette étude, plusieurs caractères de l'action de dol. Rappelons donc, d'abord, ceux de ces caractères qui nous sont connus, avant d'étudier ceux que nous n'avons pas encore signalés.

1° Au point de vue de son origine, l'action de dol est *prétorienne*. Nous savons, en effet, qu'elle n'a pas sa source dans le *jus civile*, mais bien dans une disposition de l'édit du préteur rapportée par Ulpien dans la loi 1, § 1 à notre titre. On sait que seules les actions civiles sont *conceptæ in jus;* les actions créées par le préteur sont ou des actions fictices, ou des actions *in factum*. La formule de l'action *de dolo* nous révèle qu'elle n'est pas fictice : « *Si paret in ea re aliquid dolo malo Numerii Negidii factum esse.* »

2° C'est une action *concepta in factum*. Cette action, d'après l'opinion la plus communément répandue, ne possède pas de *demonstratio* (Gaïus, IV, §§ 57, 58 et 60);

son *intentio concepta in factum* surbordonne la condamnation du défendeur à la simple vérification d'un fait; si ce fait est vrai, il donne naissance à un droit. Si dans l'espèce le dol est prouvé, le demandeur a droit à une réparation, mais ce droit ne ressort pas des expressions de la formule, il est dissimulé sous l'énoncé du fait. Le préteur a créé en cette matière une action *in factum,* car il ne trouvait dans le *jus civile* aucune matière analogue à la fraude, aucune action pouvant servir de base à une fiction.

3° L'action de dol est *personnelle,* car elle est fondée sur une obligation que le préteur fait naître de l'accomplissement des faits du dol. Le demandeur n'invoque pas un droit réel sur la chose, un *jus in re,* il agit en vertu d'une obligation. En droit prétorien, le dol fait naître un rapport personnel entre la victime du dol et son auteur; celui-ci est obligé de réparer le dommage causé par sa fraude. Il en résulte cette conséquence que l'action de dol ne peut être dirigée que contre l'auteur du dol lui-même, en principe du moins, et non contre d'autres personnes. L'*intentio* doit désigner et nommer l'auteur du dol. Aussi dit-on que cette action est *scripta in personam,* par opposition à l'action *quod metus causa,* qui, tout en restant une action personnelle, est *in rem scripta,* parce que son *intentio* ne nomme pas le défendeur.

4° Nous avons étudié longuement le caractère subsidiaire de l'action de dol. Nous ne voulons pas revenir sur les développements précédemment donnés.

5° L'action de dol est *famosa;* elle fait encourir l'infamie au défendeur condamné. Nous avons déjà parlé plus d'une fois de ce caractère infamant de l'action de dol; aussi nous ne voulons pas insister sur ce point.

Nous nous contenterons de faire une remarque très importante. Il ne faut pas croire qu'en donnant à cette action un caractère infamant le préteur ait exagéré la sévérité de la répression que mérite le dol, car le défendeur a un moyen facile, au cours même de l'instance engagée, d'éviter l'infamie. Cette flétrissure, en effet, n'est encourue que par le défendeur condamné. Or, le défendeur peut toujours éviter la condamnation dans l'action de dol; il n'a pour cela qu'à exécuter l'*arbitrium* que lui impose le *jussus judicis*. Ceci nous amène à étudier le caractère arbitraire de l'action de dol.

L'étude du caractère arbitraire et du caractère pénal de l'action de dol se confond avec l'étude de ses effets. C'est pourquoi nous avons donné pour titre à notre chapitre : *Caractères et effets de l'action de dol.* Nous consacrerons une section à chacun de ces deux caractères.

SECTION I.

Caractère arbitraire de l'action de dol.

Justinien, dans ses *Institutes* (§ 31, *De action.,* IV, VI), classe l'action de dol parmi les actions arbitraires; ce qui caractérise cette catégorie d'actions, c'est que le défendeur peut éviter la condamnation en exécutant l'*arbitrium* que lui impose le *jussus* du juge. Grâce à ce caractère arbitraire de l'action de dol, le défendeur, quoique coupable, peut échapper à l'infamie en fournissant la satisfaction arbitrée par le juge.

Nous devons donc rechercher en quoi consiste cette satisfaction, ce que comprend l'*arbitrium;* en le faisant,

nous déterminerons l'objet de l'obligation que le fait de commettre un dol a mis à la charge du coupable. Il est facile d'indiquer en quoi consiste cette satisfaction. Toutes les fois que cela sera possible, le défendeur sera tenu de remettre les choses dans l'état où elles étaient avant qu'il ait commis son dol. Lorsque cette remise des choses dans leur état antérieur au dol sera impossible, le défendeur devra indemniser en argent la victime du dol du préjudice qu'elle a souffert.

Nous allons étudier cette satisfaction imposée au défendeur, d'abord dans l'hypothèse où le dol a déterminé la formation d'un acte juridique, et ensuite dans celle où le résultat du dol ne consiste qu'en un simple dommage matériel.

1° *Le dol a eu pour résultat la formation d'un acte juridique.*

Dans cette hypothèse, une nouvelle distinction s'impose à nous. Il faut rechercher si les effets de cet acte juridique peuvent être détruits par un acte contraire, ou s'il n'est pas possible de revenir sur cet acte.

A) Supposons, d'abord, qu'il est possible de détruire les effets de l'acte juridique accomplis à la suite du dol. Dans cette hypothèse qui est la plus fréquente, le *jussus judicis* imposera au défendeur l'obligation de revenir sur cet acte. Ainsi, par suite des manœuvres frauduleuses de son débiteur, un créancier a fait à celui-ci acceptilation de sa dette. Le juge ordonnera au débiteur ou de contracter une nouvelle obligation semblable à celle dont sa fraude lui a procuré l'extinction, ou d'exécuter immédiatement l'obligation frauduleusement

éteinte; ou bien encore, le juge pourra, si la précédente obligation était actuellement exigible, ordonner au défendeur de se prêter à la délivrance immédiate d'une formule. Telle est la solution que donne Ulpien dans la loi 9, § 7, *Quod metus causa* (IV, II) : « *Etsi acceptilatione liberatio intervenit, restituenda erit in pristinum statum obligatio; usque adeo, ut Julianus scribat, si pecunia debita fuit, quæ accepta per vim facta est, nisi vel solvatur, vel restituta obligatione judicium accipiatur, quadruplo eum condemnandum.* » Remarquons, à ce propos, que le titre *De dolo malo* ne parle qu'incidemment du caractère arbitraire de l'action de dol; il n'en contient aucune application; la raison en est dans cette idée que les effets du caractère arbitraire de l'action sont les mêmes dans l'action *de dolo* que dans l'action *quod metus causa.* Or, les compilateurs du Digeste ayant indiqué dans le titre 2, *Quod metus causa,* les conséquences et les applications du caractère arbitraire, ont jugé inutile d'y revenir dans le titre suivant consacré à l'action de dol.

La même loi 9 fournit encore d'autres exemples dans son paragraphe 5. Ainsi, lorsque par son dol un individu a amené un propriétaire à lui faire tradition de sa chose, la satisfaction ordonnée par le juge consistera à retransférer la propriété au demandeur. De même, si la conséquence du dol a été l'extinction d'une servitude, la satisfaction consistera dans la reconstitution de la servitude. Mais il faut remarquer que dans ces deux cas la satisfaction comprendra, en outre, pour le défendeur, l'obligation de faire une promesse *de dolo.*

Dans toutes les hypothèses précédentes, il sera facile au défendeur d'exécuter le *jussus judicis,* de fournir la

satisfaction qui lui a été imposée, car nous avons toujours supposé que le dol n'avait profité qu'à son auteur. Mais le défendeur se trouvera dans une situation beaucoup plus délicate lorsque sa fraude aura été utile à d'autres personnes. Il ne lui sera alors possible d'exécuter l'*arbitrium* qu'avec le concours des tiers qui ont profité de son dol. Il en est ainsi, notamment, lorsque par son dol le défendeur a déterminé un propriétaire à faire tradition à un tiers; la retranslation de propriété ordonnée par le juge ne pourra s'opérer qu'avec le consentement et le concours de ce tiers acquéreur. Dans ce cas et dans toutes les hypothèses analogues, par exemple, lorsque l'obligation éteinte était garantie par des fidéjusseurs qui devront consentir à accéder à la nouvelle dette, la destruction de l'acte juridique déterminé par le dol sera plus difficile que dans le cas où cet acte n'a profité qu'au défendeur seul.

On voit que dans ces hypothèses l'action de dol offre la plus grande analogie avec la *restitutio in integrum*. C'est ce que remarque Ulpien dans la loi 9, § 7, *Quod metus causa : « Ex hoc edicto restitutio talis facienda est, per officium judicis.....* » Aussi a-t-on pu considérer, à ce point de vue, l'action de dol comme une action rescisoire; mais, ainsi que le fait observer Ulpien, ce caractère ne lui appartient pas *à priori;* il ne peut que lui être attribué par l'*officium judicis.*

B) Supposons, maintenant, que l'acte juridique qui est le résultat du dol ne soit pas susceptible d'être détruit par un acte contraire, émané de la volonté des parties. Tel est, notamment, le cas d'un affranchissement. La règle *libertas semel data non revocatur* ne permet pas de revenir sur une *manumissio.* Dans une telle hypothèse,

la satisfaction à fournir ne pourra consister qu'en une somme d'argent. Il en est ainsi encore, lorsque l'acte entaché de dol est une adition ou une répudiation d'hérédité. Toutefois, on peut supposer, sans être accusé de témérité, que les pouvoirs très larges confiés au juge d'une action arbitraire lui permettront, dans certains cas exceptionnels, de substituer un équivalent à la satisfaction pécuniaire. Pourquoi, d'ailleurs, n'en serait-il pas ainsi dans le cas où j'ai répudié une hérédité à laquelle j'étais appelé, par suite de l'erreur où m'avait jeté par son dol l'héritier qui devait la recueillir à mon défaut et qui a fait adition? Le juge ne pourrait-il pas lui imposer l'obligation de me céder ses droits héréditaires, en m'obligeant aussi moi-même à défendre l'auteur du dol s'il était poursuivi comme héritier par les créanciers du défunt? Nous croyons que rien ne s'oppose à une pareille solution.

Nous avons décidé que lorsqu'il n'était pas possible de revenir sur l'acte juridique déterminé par les manœuvres frauduleuses, la satisfaction ordonnée par le juge devait consister en une somme d'argent. Telle est la solution donnée par Paul, dans une hypothèse où le demandeur trompé par le dol du défendeur a laissé périmer un *judicium legitimum*. Il n'est pas possible au juge d'ordonner une reprise d'instance à cause du texte précis de la loi Julia. Il ne peut alors qu'imposer au défendeur une satisfaction pécuniaire. Le texte de Paul (l. 18, § 4, *De dolo malo*) nous semble bien formel en ce sens : « *Dolo cujus effectum est, ut lis temporibus legitimis transactis pereat, Trebatius ait de dolo dandum judicium, non ut arbitrio judicis res restituatur, sed ut tantum actor consequatur, quanti ejus interfuerit id non*

esse factum. » Paul suppose bien toujours que le *judex* rend un *arbitrium,* mais au lieu d'avoir pour objet la remise des choses dans leur état antérieur au dol, la satisfaction ne consiste qu'en une somme d'argent. Le juge ordonne au défendeur de restituer *quanti inter fuerit;* la formule contient toujours la clause : *Nisi restituat quanti ea res erit.* En un mot, l'action de dol est toujours arbitraire.

Néanmoins, des commentateurs ont soutenu que l'action *de dolo* cessait d'être arbitraire toutes les fois qu'il n'était pas possible de détruire les effets de l'acte juridique entaché de dol. Les auteurs s'appuient sur la loi 18, § 1 de Paul, ou du moins sur les deux premières lignes de ce texte, desquelles il semble résulter que l'action de dol n'est pas arbitraire toutes les fois que la remise des choses dans l'état antérieur de dol n'est pas possible : « *Non tamen semper in hoc judicio arbitrio judicis dandum est; quid enim si manifestum sit, restitui non posse.* »

Nous n'admettons pas cette théorie; le texte de Paul n'a pas le sens qu'on lui prête; pour s'en convaincre, il suffit de le lire tout entier; la règle qu'il semble donner dans les premières lignes est limitée par l'exemple qu'il cite. Le texte continue en ces termes : « *Veluti si servus dolo malo traditus, defunctus sit? Ideoque protinus condemnari debeat in id, quod intersit actoris.* » Il se place dans l'hypothèse où c'est après l'accomplissement de l'acte entaché de dol que la remise des choses dans l'état antérieur est devenue impossible. J'ai été déterminé par dol à aliéner un esclave; il est possible de revenir contre cette aliénation; mais si après cette aliénation l'esclave meurt, la retranslation de propriété est devenue

impossible. Dans ce cas, l'action de dol ne sera pas arbitraire. Paul décide qu'il suffira que l'*intentio* soit vérifiée pour que la condamnation soit immédiatement encourue, sans qu'il y ait à distinguer si l'esclave est mort avant ou après la *litis contestatio*. Mais ce n'est que dans cette hypothèse que l'action de dol cesse d'être arbitraire, quand la remise des choses dans l'état antérieur n'est devenue impossible qu'après l'accomplissement de l'acte entaché de dol; elle reste arbitraire, quand *ab initio*, dès la formation de l'acte juridique déterminé par les manœuvres frauduleuses, cet acte n'a pas été susceptible d'être détruit, comme, par exemple, lorsqu'il s'agit d'nne *manumissio* ou de la péremption d'un *judicium legitimum*. C'est ce que décide Paul dans la loi 18, § 4; il faut appliquer le § 1 et le § 4 de cette loi, chacun au cas prévu par le jurisconsulte, et ne pas donner au § 1 un sens qui se trouverait en contradiction avec le § 4. D'ailleurs, si la doctrine que nous repoussons était vraie, le caractère arbitraire de l'action *de dolo* perdrait une grande partie de sa portée, et l'infamie serait trop souvent encourue. Or, Ulpien nous dit que le préteur n'aimait pas à prodiguer l'infamie.

2° *Le dol a eu pour résultat de causer un dommage matériel.*

Comme dans l'hypothèse précédente, une sous-distinction est nécessaire; car, ici encore, il n'est pas toujours possible de remettre les choses dans l'état où elles se trouvaient avant le dol.

Lorsqu'il sera possible de rétablir les choses dans leur état primitif, c'est en cela que consistera la satisfaction

ordonnée par le juge au défendeur. Reprenons, comme exemple, une hypothèse que nous avons déjà prévue; un nu-propriétaire construit sur son terrain afin d'opérer une *mutatio rei* et d'obtenir ainsi l'extinction de l'usufruit qui le grève; sur l'exercice de l'action de dol, le juge lui ordonnera, s'il veut éviter une condamnation et l'infamie, de détruire sa construction et de faire revivre l'usufruit.

Il peut être, au contraire, impossible de revenir sur l'acte entaché de dol. Dans ce cas, le juge imposera au défendeur une satisfaction pécuniaire, le juge n'aura qu'à évaluer le montant du préjudice souffert par le demandeur et à en imposer le paiement au défendeur. C'est ce qu'il fera notamment dans le cas où le défendeur a tué l'esclave qui avait été promis à un tiers par une autre personne.

Nous savons maintenant en quoi consiste la satisfaction que le défendeur doit fournir. S'il obéit au *jussus judicis* en fournissant cette satisfaction, la victime du dol obtient la réparation du préjudice que le dol lui avait causé; elle est donc désintéressée. Mais qu'arrive-t-il si le défendeur ne peut pas ou ne veut pas fournir la satisfaction arbitrée et ordonnée par le juge?

Nous croyons, bien que la controverse soit encore vive sur ce point, que sous la période formulaire le *jussus judicis* n'était pas susceptible d'exécution forcée, *manu militari*. Ce qui le prouve, ce sont les mots *nisi restituat* des actions arbitraires. Ces mots se réfèrent à une restitution volontaire. Si le défendeur refuse d'exécuter le *jussus judicis*, on le punit par une condamnation dont le montant est fixé par le demandeur; au lieu d'arriver à l'exécution du *jussus* par l'emploi de la force

armée, on y arrive par une contrainte morale. D'ailleurs, plusieurs textes montrent que le défendeur ne pouvait éviter une condamnation qu'en obéissant à l'ordre du juge (Voir M. Accarias, t. II, p. 1125, n° 867; et Gaïus, IV, § 89; l. 9, § 1, *De furtis*, XLVII, II).

Le refus par le défendeur de fournir la satisfaction imposée par le juge a pour résultat de lui faire encourir une condamnation. C'est ce que montre bien le jurisconsulte Paul dans la loi 18 pr. à notre titre : « *Arbitrio judicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur, et nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio, quanti ea res est.* » Quel est le montant de cette condamnation? Elle doit se mesurer à l'intérêt du demandeur, elle doit lui procurer la réparation du préjudice qui lui a été causé par le dol. Il reste à savoir comment sera apprécié l'intérêt du demandeur. A ce point de vue, il faut établir une distinction.

Lorsque le défendeur est rebelle à l'ordre du juge, lorsqu'il est *contumax*, suivant l'expression des jurisconsultes romains, c'est-à-dire lorsqu'il refuse de fournir la satisfaction, alors que, cependant, il lui serait possible de le faire, on le punit de sa résistance à l'ordre du juge. Le *quod interest*, le *quanti ea res erit* est fixé par le demandeur lui-même sur serment. Le demandeur, avant de déterminer ainsi le montant de la condamnation du défendeur, est tenu de prêter serment, de jurer qu'il n'exagérera pas l'importance de son intérêt, du préjudice que le dol lui a fait souffrir. C'est ce que nous dit la fin du *principium* de la loi 18 : « *Ideo autem et hic, et in metus causa actione, certa quantitas non adjicitur; ut possit per contumaciam suam tanti reus condemnari, quanti actor in litem juraverit, sed officio judicis debet*

in utraque actione, taxatione jusjurandum refrenari. » Le texte de Paul suppose, dans ses derniers mots, que souvent le demandeur serait tenté, dans son serment, d'exagérer le chiffre du *quod interest,* soit par défaut de scrupule, soit parce que, lorsqu'on est juge dans sa propre cause, on est toujours porté à se tromper en plus plutôt qu'en moins. Aussi, le *jusjurandum in litem* du demandeur n'est-il pas absolument libre; il ne peut pas dépasser un maximum fixé par le juge; il ne peut estimer son propre intérêt que dans les limites de la taxation imposée par le *judex.*

Lorsqu'au contraire le défendeur ne résiste pas injustement à l'ordre du juge, lorsqu'il ne lui est pas possible de fournir la satisfaction exigée par le *jussus judicis,* la loi romaine se montre moins sévère dans l'appréciation de l'intérêt du demandeur. Ce n'est plus le demandeur lui-même qui fixe le montant de la condamnation dans son *juramentum in litem,* c'est le juge lui-même qui apprécie le montant de cet intérêt; le chiffre de la condamnation sera aussi plus modéré que s'il était fixé par le demandeur. Le défendeur mérite bien d'être traité dans ce cas avec moins de défaveur que lorsqu'il oppose une résistance injuste à l'ordre du juge, puisque dans l'hypothèse où nous nous plaçons, l'impossibilité de fournir la satisfaction ne vient pas de son fait. Il en sera ainsi, par exemple, dans le cas où la satisfaction exigée ne peut être fournie par le défendeur qu'avec le concours d'un tiers qui s'y refuse; par son dol, il avait déterminé le demandeur à consentir une aliénation à un tiers; la satisfaction, qui consiste dans la retranslation de propriété, ne peut se réaliser qu'avec le concours du tiers acquéreur; si celui-ci n'y veut pas consentir, le défendeur est

condamné, mais le montant de la condamnation est fixé par le juge et non par le serment du demandeur. Nous avons vu que lorsque l'impossibilité de remettre les choses dans l'état où elles se trouvaient antérieurement au dol provient d'une cause postérieure à l'accomplissement de l'acte entaché de dol, l'action n'est plus arbitraire. La condamnation sera alors toujours fixée par le juge (l. 18, § 1, *De dolo malo*).

Remarquons, en outre, que dans tous les cas où le défendeur est condamné, il encourt la note d'infamie, sans qu'il y ait à distinguer suivant qu'il n'a pas pu ou n'a pas voulu fournir la satisfaction que le juge lui avait posée dans son *jussus*.

La *condemnatio* que contient la formule de l'action de dol pour le cas où l'*arbitrium* ne sera pas exécuté, est toujours une *condemnatio incerta*, et cela est logique puisque le montant du préjudice éprouvé par le demandeur est forcément indéterminé; il ne sera connu que lorsqu'il aura été évalué *in judicio* soit par le juge, soit par le *juramentum in litem* du demandeur. Dans la loi 18 pr., à notre titre, Paul déclare que si la *condemnatio* est *incerta* dans l'action *de dolo* et dans l'action *quod metus causa*, c'est afin que le *jusjurandum in litem* du demandeur soit possible. Cette raison n'est pas exacte; la *condemnatio* est *incerta*, parce qu'il ne saurait en être autrement, puisque le montant du dommage éprouvé par la victime du dol ne sera fixé qu'après examen. Ce qu'il y a de vrai dans la phrase de Paul, c'est que toutes les fois que le montant de la condamnation peut être fixé par le *juramentum in litem*, la *condemnatio* est nécessairement *incerta*.

SECTION II.

Caractère pénal de l'action de dol.

L'action de dol n'est pas une action pénale au vrai sens du mot; elle n'est pénale qu'à l'égard du défendeur. C'est une action pénale unilatérale.

En ce qui concerne le demandeur, l'action *de dolo* n'est pas *pœnæ persecutoria*. Elle ne tend pas à lui procurer un bénéfice; elle est *rei persecutoria;* elle a pour but unique la réparation du préjudice qu'il a éprouvé. Au lieu d'avoir pour résultat de l'enrichir, elle ne fait que rendre intact son patrimoine qui avait été diminué par les manœuvres frauduleuses. A l'égard du demandeur, deux différences séparent l'action *de dolo* des actions pénales.

Les actions pénales n'ayant pas le même but que les actions *rei persecutoriæ*, lorsqu'une action pénale et une action *rei persequendæ gratia* sont nées d'un même fait, on peut les exercer cumulativement. C'est ainsi que le propriétaire, auquel on a volé sa chose, peut exercer à la fois contre le voleur la *rei vindicatio* ou la *condictio furtiva* d'une part, et l'*actio furti,* d'autre part, car cette dernière est pénale (l. 7, § 1, *De cond. furt.,* XIII, 1; l. 34, § 2, *De oblig. et act.,* XLIV, VII). L'action *de dolo* n'étant pas pénale à l'égard du demandeur ne peut pas se cumuler avec une autre action.

Ce résultat est d'ailleurs impossible en raison du caractère subsidiaire de l'action de dol. Pour que le préteur refuse d'accorder notre action, il suffit que la victime soit

investie d'une action pénale, ou même d'une *actio popularis*.

A un second point de vue, l'action *de dolo* se distingue des actions pénales bilatérales. Lorsque plusieurs personnes se sont réunies pour commettre un délit, l'action née du fait délictueux est donnée à la victime pour obtenir de chacun des délinquants la réparation du préjudice causé, de telle sorte que la condamnation obtenue contre l'un des coupables n'empêche pas de poursuivre les autres à raison du même fait. Dans la loi 17 à notre titre, Ulpien déclare en ces termes que cette règle n'est pas applicable à l'action *de dolo* : « *Si plures dolo fecerint, et unus restituerit, omnes liberantur; quod si unus, quanti ea res est præstiterit, puto cœteros liberari.* »

L'action *de dolo* n'est *rei persecutoria* qu'envers le défendeur. Elle tend à l'appauvrir, à enlever de son patrimoine une valeur que ses manœuvres frauduleuses y ont fait entrer. Elle est toujours pénale dans une certaine mesure à l'égard du défendeur, car il est assez rare que le dol profite à son auteur et lorsqu'il en retire un profit, ce bénéfice est toujours inférieur au préjudice souffert par la victime du dol. Notre action est donc pénale puisqu'elle appauvrit le défendeur de toute la différence qui existe entre le profit qu'il a retiré de son dol et le dommage qu'en a souffert le demandeur. Le caractère pénal de l'action de dol est affirmé par Paul dans le *principium* de la loi 35, *De obligationibus et actionibus* (XLIV, VII). Nous en trouvons encore la preuve dans la loi 13, § 1, *De dolo malo*, qui indique une conséquence du caractère pénal unilatéral de l'action *de dolo*. On sait que le pupille non encore sorti de l'*infantia* ne pouvait contracter aucune obligation ; il était absolument incapable de s'obliger par

ses contrats et ses quasi-contrats. Si le même pupille était *infantiæ proximus*, s'il se trouvait dans la première période de l'*infantia*, il ne pouvait pas s'engager par ses délits, car il avait un défaut de discernement. S'il se trouvait au contraire dans la seconde période, s'il était *pubertati proximus*, bien qu'il fût encore dépourvu de toute capacité contractuelle, il devenait capable de s'obliger par ses délits et ses quasi-délits (*Instit.*, § 18, *De oblig. quæ ex delicto*, IV, 1). Ulpien, dans la loi 13, § 1 à notre titre, déclare que le pupille peut être poursuivi à raison de sa fraude par l'action *de dolo*, pourvu qu'il soit *pubertati proximus*. Cela prouve bien que l'action de dol est pénale à *parte rei*.

Toutefois, on s'est demandé si l'action *de dolo* produisait les mêmes conséquences dans le cas où elle était dirigée contre un pupille *pubertati proximus*, et dans celui où elle était dirigée contre un pubère, si dans cette première hypothèse elle entraînait l'infamie. Nous le croyons, car aucun texte ne soustrait le pupille à l'infamie résultant de l'action de dol. D'ailleurs les *Institutes* (§ 1, *De quibus modis tutela finitur*, l. XXII) nous montrent que le pupille *pubertati proximus* peut être condamné à la peine beaucoup plus grave de la déportation.

La seule atténuation que les textes mentionnent en faveur du pupille coupable de dol, c'est que l'on admettait moins facilement le dol d'un pupille *pubertati proximus* que le dol d'un homme fait. Il fallait que le pupille se fût rendu coupable d'une *magna machinatio*. C'est ce qui résulte de la loi 14 à notre titre.

Le caractère pénal de l'action *de dolo* produit en outre trois conséquences importantes que nous allons étudier successivement. 1° Quand le dol émane d'un

alieni juris, l'action de dol est donnée *noxaliter* contre le maître ou le père du délinquant; 2° elle est intransmissible au point de vue passif; 3° elle est annale.

Première conséquence du caractère pénal de l'action de dol. — Elle est donnée noxaliter contre le maître ou le père de l'individu alieni juris coupable de fraude.

Il est de principe que les individus *in potestate* n'obligent pas le *paterfamilias* par leurs actes. Toutefois, s'ils ont un pécule, le *pater* est tenu *de peculio* de leurs obligations contractuelles dans la mesure du pécule qu'on leur a confié; au contraire, l'individu *alieni juris* oblige le *paterfamilias* par ses délits. Le *pater* peut alors être poursuivi *noxaliter* à raison du délit des personnes qu'il a en sa puissance; esclaves, fils de famille, femme *in manu*, individus *in mancipio*. Mais l'*alieni juris* ne peut pas obliger le *pater* au delà de sa propre valeur; le maître ou le père a le droit d'abandonner à la victime du délit l'individu *alieni juris* qui s'en est rendu coupable. C'est ce qu'il fera toutes les fois que la valeur de l'esclave sera inférieure au préjudice causé par son dol.

On a prétendu toutefois que l'action de dol n'était pas toujours donnée *noxaliter* contre le maître de l'esclave et qu'elle pouvait être donnée contre lui *de peculio*, comme si elle était *rei persecutoria a parte rei*. On s'appuie pour cela sur la loi 9, § 4, *De dolo malo*, dans laquelle Labéon semble distinguer entre des cas où l'action de dol est donnée *noxaliter* et d'autres où elle peut être donnée *de peculio*, suivant que le fait entaché de dol

donne naissance à une action noxale ou à une action *adjectitiæ qualitatis*. Cette théorie se heurte immédiatement à une impossibilité, à cause du caractère subsidiaire de l'action de dol. Puisqu'elle n'est donnée qu'à défaut de toute autre action, on ne peut pas s'en rapporter au caractère de l'action qui la remplace pour savoir si elle-même doit être donnée *noxaliter* ou *de peculio*.

Néanmoins les partisans de cette doctrine essayent de trouver des applications à la distinction formulée par Labéon. Ils croient en trouver une première application dans l'hypothèse où le dol de l'*alieni juris* a déterminé la formation d'un contrat de bonne foi; mais dans cette espèce, l'action de dol ne pourra pas être exercée à raison de son caractère subsidiaire. La victime du dol agira bien contre le maître de l'*alieni juris* par une action *de peculio*, mais cette action sera celle qui est née du contrat de bonne foi et non l'action de dol.

Les auteurs ne sont guère plus heureux dans la seconde application qu'ils trouvent de la distinction de la loi 9, § 4. Ils supposent le cas d'une convention *facio ut des*. L'une des parties a accompli un fait au profit d'un *alieni juris*, qui ne lui a rien donné en retour, qui n'a pas exécuté la prestation à laquelle l'obligeait la convention. Longtemps les jurisconsultes ne visent pas dans ce *negotium juris* un contrat innommé, et comme il y avait doute sur l'existence de l'action *prescriptis verbis*, Paul donnait l'action de dol (l. 5, § 3, *Præscriptis verbis*, XIX, V). Dans ce cas, l'acte de l'*alieni juris* ne constitue pas un délit; il n'est tenu que d'une obligation conventionnelle. Si l'action *de dolo* est donnée contre le maître, elle ne peut l'être que *de peculio* et non *noxaliter*. Notons d'abord que cette hypothèse ne pouvait plus se

présenter sous Justinien, car en cette époque le *negotium facio ut des* engendrait l'action *prescriptis verbis*, et l'action de dol était refusée à cause de son caractère subsidiaire.

Nous croyons qu'à l'époque de Labéon et même d'Ulpien l'action de dol ne pouvait pas être donnée *de peculio*. D'abord la loi 5, § 3 ne dit pas du tout que cette action soit donnée *de peculio*, en outre dans la loi 9, § 4, Ulpien ne fait que rapporter une opinion personnelle à Labéon; il est vrai qu'en n'ajoutant aucun commentaire, Ulpien s'approprie cette doctrine. Cette phrase de Labéon ne peut pas avoir le sens qu'on lui prête, car elle mettrait Ulpien en contradiction avec lui-même. Ulpien, en effet, est le premier des jurisconsultes qui ait donné l'action *prescriptis verbis* dans une hypothèse *de negotium facio ut des*, tandis que Labéon donne dans ce cas l'action de dol (Voir l. XV, *Præscriptis verbis*, XIX, V).

Pour que l'action *de dolo* soit donnée, il suffit qu'il y ait une fraude commise et non un délit; le fait de ne pas exécuter un *negotium facio ut des* constitue une fraude, et l'action de dol est possible; or, l'action de dol étant une action pénale, ainsi que nous l'avons démontré, ne peut être donnée que *noxaliter* et non *de peculio*. Il reste à expliquer la phrase de Labéon; nous croyons qu'il n'a pas tranché la question de savoir si l'action de dol pouvait être donnée *noxaliter* ou *de peculio* suivant les cas. Il s'est demandé simplement si le dol d'un *alieni juris* ne pouvait pas donner lieu à une action noxale et à une action *de peculio*, suivant les hypothèses, et il décide que lorsque la fraude de l'*alieni juris* a déterminé la formation d'un contrat de bonne foi, le maître sera poursuivi *de peculio* par l'action de ce contrat; si au contraire cette

fraude ne se rattache à aucun fait donnant naissance à une action *de peculio,* si aucune autre action n'est possible, l'action de dol est donnée *noxaliter.*

L'action de dol est donc toujours donnée *noxaliter* contre le *paterfamilias* lorsque le dol émane d'un *alieni juris* soumis à sa puissance, et cela n'est que logique. Dans les idées romaines la fraude d'un individu *in potestate* ne peut pas obliger le maître au delà de la valeur de l'*alieni juris.*

Deuxième conséquence du caractère pénal de l'action de dol. Elle n'est pas transmissible passivement.

Cette action étant *rei persecutoria a parte actoris,* est transmissible activement. Elle peut être exercée par les héritiers de la personne lésée, mais son caractère pénal ne lui permet pas d'être transmissible au point de vue passif. Les héritiers de l'auteur du dol ne peuvent être poursuivis par l'action *de dolo,* que si la victime a déjà commencé à agir contre le *de cujus* et a fait la *litis contestatio* contre lui. S'il n'y a pas eu *litis contestatio,* ils ne peuvent être poursuivis que dans la mesure de leur enrichissement. C'est ce que dit Ulpien dans la loi 17, § 1 à notre titre : « *Hæc actio in heredem et cæteros successores datur, duntaxat de eo quod ad eos pervenit.* »

Cette règle de la loi 17 n'est point conforme aux principes de l'équité. Elle ne devrait s'appliquer qu'aux actions pénales bilatérales, et dans cette limite elle est équitable, mais l'intransmissibilité de l'action n'est plus une règle sage et juste lorsqu'on l'applique aux actions pénales unilatérales.

La victime du dol peut être privée de son recours, de

son action en indemnité, avant même d'avoir eu le temps de la mettre en mouvement, ou même avant d'avoir été détrompée, d'avoir connu les faits de dol; la mort du coupable éteint son action. La victime du dol ne peut être ainsi dépouillée de son action par la mort de l'auteur des manœuvres frauduleuses que lorsque la fraude n'a pas déterminé la formation d'un contrat de bonne foi; dans l'hypothèse, au contraire, où le dol est intervenu à l'occasion d'un contrat *fidei bonæ,* le dol est réprimé par l'action de ce contrat qui est perpétuelle et transmissible activement et passivement (l. 8, § 1, *De fid. et nom.,* XXVII, VII; l. 152, § 3; l. 157, *De regulis juris,* L, XVII). Le législateur romain a donc le tort de considérer le dol d'une façon différente suivant qu'il se produit ou non dans un contrat de bonne foi; lorsqu'il n'intervient pas à l'occasion d'un contrat de bonne foi, alors seulement il est un délit, et, ce qu'il y a de plus étonnant, c'est que c'est justement lorsqu'il constitue un délit qu'il est moins efficacement réprimé. Cette remarque est faite par le jurisconsulte Paul dans la loi 49, *De obligationibus et actionibus* (XLIV, VII), et dans ce texte il observe en outre que cette bizarrerie se reproduit à propos du caractère noxal de notre action. Lorsque le dol s'est produit dans un contrat de bonne foi, le maître de l'*alieni juris* coupable est tenu *de peculio,* c'est-à-dire beaucoup plus sévèrement que si le dol constituait un délit, car il ne peut pas faire l'abandon noxal.

Notons que notre Code civil français est beaucoup plus logique, que le dol se produise à l'occasion d'un contrat, comme le prévoient les articles 1109, 1166 et 1167, ou qu'il se produise en dehors de tout contrat (art. 1382 et suiv.). Il engendre toujours une action qui peut être inten-

tée aussi bien contre les héritiers de la personne coupable que contre elle-même, car il est de principe que les obligations d'une personne lient ses héritiers.

Ainsi que nous l'avons vu, en droit romain, les héritiers de l'auteur du dol peuvent être poursuivis jusqu'à concurrence du profit qu'ils ont retiré de la fraude. Cette règle donnée par Ulpien dans la loi 17 est confirmée et appliquée par les lois 26, 27 et 28 à notre titre. La loi 27 décide que l'héritier sera tenu, même dans le cas où l'hérédité ne lui serait pas parvenue, pourvu que le défaut d'enrichissement soit dû à son dol personnel. Ainsi le défunt, par son dol, avait obtenu tradition d'une chose; l'héritier, avant de faire adition, détruit ou détériore cet objet héréditaire; il ne tire aucun profit du dol de son auteur; néanmoins il sera tenu jusqu'à concurrence de la valeur de cet objet qu'il a détruit, car c'est par son fait, par sa faute qu'il a manqué de faire cet enrichissement; il en est tenu comme s'il en avait réellement profité.

Cette action ainsi dirigée contre l'héritiér de l'auteur du dol n'est pas la véritable action *de dolo*. Au lieu de poursuivre la réparation du préjudice causé par la fraude, elle ne tend qu'à la restitution du profit qu'en a retiré l'héritier coupable; elle n'a donc plus le caractère pénal de l'action *de dolo;* c'est une action *rei persecutoria*, qui est perpétuelle, ainsi que le prouve la fin de notre loi 28 : « *Sed utique in heredem dabatur*; *quia non debet lucrari ex aliene damno. Cui conveniens est, ut et in ipso qui dolo commiserit, in id quod locupletior esset, perpetuo danda sit in factum actio.* » Comme le dit Gaïus dans ce texte, c'est une des actions *in factum* qui sont données à la place de l'action *de dolo,* et que nous étudierons bientôt.

Troisième conséquence du caractère pénal de l'action de dol. Elle est annale.

Il est de principe que toutes les actions prétoriennes qui ont en même temps un caractère pénal sont temporaires. Elles ne peuvent être exercées que dans l'année du délit. Le préteur, en punissant des faits contre lesquels le *jus civile* n'avait organisé aucune répression, se montre plus sévère que lui. Aussi les actions qu'il crée sont-elles annales. Paul, dans la loi 35 pr., *De obligationibus et actionibus* (XLIV, VII), dit que parmi les actions prétoriennes, celles-là seules sont annales qui sont *pœnæ persequendæ gratia.*

Cette année, durant laquelle doit être exercée l'action *de dolo,* n'est pas une année continue ; c'est une année utile, c'est-à-dire qu'elle se compose de trois cent soixante-cinq jours pendant lesquels il est possible d'intenter une action. De plus, ce délai ne commence pas à courir du jour où a été commis le fait de dol ; il ne court que du jour où la partie lésée en a eu connaissance. Si, dans le cours de cette année, la victime du dol n'a pas fait *litis contestatio,* son action est éteinte. La *litis contestatio* empêche cette action de s'éteindre par le fait que l'année utile expire *pendente judicio;* c'est ce qu'on exprime en disant avec la loi 139, *De regulis juris* (L. XVII) : *Omnes actiones, quæ morte aut temporè pereunt, semel inclusæ judicio salvæ permanent.*

L'empereur Constantin introduisit de nombreuses réformes dans la manière de l'action de dol par une constitution qui forme la loi 8 au Code, *De dolo malo,*

(lib. 11, tit. 21) : « *Optimum diximus, non ex eo die, quo se quisque admissum dolum didicisse commemoraverit, neque intra anni utilis tempus, sed potius ex eo die, quod adseritur commissus dolus, intra continuum biennium de dolo actionem moveri.* » Deux innovations résultent de cette constitution. Le délai n'est plus d'une année utile; il se compose de deux années continues; cette modification est heureuse, car elle simplifie le calcul du délai. Mais Constantin fut moins heureux en décidant que le point de départ des deux ans ne serait pas le jour où la victime du dol en aurait eu connaissance, mais le jour même où le fait aurait été commis. La prescription du droit d'agir commence ainsi avant que la partie lésée ne connaisse l'existence de son action. L'empereur ajoute que la présence ou l'absence des parties ne peut en rien modifier ce délai. Avant cette décision de l'empereur Constantin, lorsque l'année utile était expirée, la victime du dol ne se trouvait pas entièrement désarmée; elle avait bien perdu l'action de dol, mais on lui accordait en revanche une action *in factum* dont les effets étaient moins étendus, puisqu'au moyen de cette action, la partie lésée ne pouvait obtenir qu'une condamnation limitée à l'enrichissement que le dol avait procuré à son auteur. Cette action n'étant pas pénale, était par là même perpétuelle.

Nous ne croyons pas que Constantin ait supprimé ce recours de la victime du dol, cette action *in factum*. Sa constitution n'en fait pas mention, et aucun autre texte ne le dit. D'ailleurs, dans la Constitution 8, l'empereur n'a pas eu pour but de réformer entièrement la matière de l'action de dol; il s'est borné à modifier le délai dans lequel cette action doit être intentée; après

l'expiration de ce délai, l'action *in factum* reste encore la dernière ressource de la victime du dol.

Notre tâche serait terminée et notre étude sur l'action de dol serait achevée, s'il ne nous restait à dire quelques mots de ces actions *in factum* qui sont destinées à remplacer l'action de dol dans plusieurs hypothèses.

APPENDICE.

DES ACTIONS IN FACTUM QUI SONT DONNÉES SUBSIDIAIREMENT A L'ACTION DE DOL.

Plusieurs fois, dans le cours de cette étude, nous avons mentionné l'existence d'actions *in factum* destinées à remplacer l'action *de dolo*. Ces actions diffèrent à plusieurs points de vue de l'action de dol. Au point de vue de la forme, il n'existe pas de différence essentielle entre ces actions et l'action de dol. Les unes et les autres, en effet, sont conçues *in factum;* mais seule parmi elles l'action *de dolo* a reçu un nom spécial. En étudiant les diverses hypothèses dans lesquelles le préteur donne une action *in factum* subsidiairement à l'action de dol, nous rechercherons quelle pouvait être leur formule dans ces différents cas.

C'est au point de vue de leurs effets que ces actions *in factum* se distinguent nettement de l'action de dol. Dans plusieurs hypothèses, ces actions ne sont pas pénales et se limitent au profit retiré par l'auteur du dol. Leur caractère général, c'est que ces actions ne sont

pas infamantes ; elles offrent ainsi un grand avantage sur l'action de dol, mais comme conséquence de ce caractère, il faut admettre aussi qu'elles ne sont pas arbitraires, car nous avons vu que si l'action de dol était arbitraire, c'était surtout afin que le défendeur pût se soustraire à l'infamie, en fournissant la satisfaction qui lui est imposée par le *jussus judicis*.

L'action *in factum* est donnée à la victime du dol dans trois grands ordres d'hypothèses :

1° Dans une première classe d'hypothèses, l'action *in factum* n'est pas pénale, et partant elle est perpétuelle, elle est fondée sur un bénéfice provenant du dol; elle ne tient qu'à la restitution de cet enrichissement et non à la réparation du préjudice. Trois hypothèses rentrent dans cette catégorie.

A) L'action *in factum,* nous venons de le voir, est donnée contre l'auteur même du dol qui en a retiré un bénéfice, lorsque la victime a négligé d'intenter son action *de dolo* dans l'année utile ou, depuis Constantin, dans le délai de deux années continues (l. 28, *De dolo malo*). Dans ce cas, l'*intentio* de la formule mentionnait-elle le dol lui-même? Nous ne le savons pas; aucun texte n'en parle. Tout ce que l'on peut dire, c'est que si l'*intentio* mentionnait le dol, elle disait en même temps qu'il remontait à une époque antérieure à l'année utile.

B) Cette action est aussi donnée à raison du dol du représentant contre le mandant, contre le pupille, contre la cité, en un mot, contre tout représenté qui en a tiré un bénéfice. Nous avons étudié cette hypothèse d'action *in factum* à la fin de notre second chapitre ; nous n'avons donc pas besoin d'insister. Notons toutefois que plusieurs textes la qualifient d'action *de dolo*. Cette quali-

fication inexacte vient de ce que l'*intentio* de la formule énonçait les faits de dol; elle disait par exemple : *Si paret aliquid dolo malo tutoris, vel mandatoris in eâ re factum esse,* et ressemblait ainsi à l'action *de dolo.*

C) Elle est enfin donnée contre l'héritier qui a profité du dol de son auteur, ou qui par fraude a négligé d'en profiter (ll. 26, 27, 28, 29 et 30 *De dolo malo*). Nous avons étudié cette action *in factum* en traitant du caractère pénal de l'action *de dolo.* La loi 30 à notre titre, nous apprend que le magistrat délivrait cette action sans avoir besoin de procéder à la *causæ cognitio* qui est le préliminaire indispensable de l'action *de dolo : « Neque causæ cognitio in heredis personâ erit necessaria. »* Comme dans l'hypothèse précédente, l'*intentio* de la formule de cette action *in factum* devait contenir à peu près en ces termes l'énonciation du dol : *Si paret in eâ re aliquid dolo malo defuncti factum esse.*

2° Dans la seconde catégorie d'hypothèses où l'action *in factum* est donnée au lieu de l'action de dol, elle est indépendante de l'enrichissement procuré au défendeur. L'action *in factum* a donc le caractère pénal de l'action de dol; elle tend comme cette dernière à la réparation du préjudice causé; il en résulte qu'elle doit s'éteindre aussi après l'expiration d'une année utile. Il est vrai qu'un texte de Paul, la loi 12 à notre titre, intercalée entre deux textes d'Ulpien, semble dire que cette action a pour but la restitution de l'enrichissement procuré au défendeur et que, par conséquent, elle n'est ni pénale, ni annale. Mais les autres textes (lois 11 et 13) déclarent que le seul caractère de l'action *de dolo* qui manque à notre action *in factum,* c'est le caractère infamant. Dans ces hypothèses, l'action *in factum* est donnée à

raison d'un motif de convenances. Mais la seule conséquence de ce motif, c'est que le défendeur puisse éviter l'infamie. Il serait injuste que dans cette hypothèse le demandeur n'obtînt pas une indemnité complète. C'est d'ailleurs ce que nous avons démontré dans la première section de notre second chapitre.

Ces hypothèses sont celles où le dol a été commis par un ascendant envers son descendant, ou par un patron envers son affranchi, ou par un *vir consularis* envers un *homo humilis* (l. 11 à notre titre). Dans ces divers cas, nous avons vu que l'*intentio* ne contenait pas le mot *dolus;* il était remplacé par la mention de la bonne foi : « *Si paret eam rem bona fide gestam non esse* » (l. 11, § 1).

3° Enfin l'action *in factum* est donnée dans l'hypothèse où un préjudice a été causé sans droit à une personne, mais sans qu'il y ait eu dol de la part de celui qui a causé ce dommage. Si dans ce cas aucune action de droit commun n'est possible pour arriver à la réparation de ce préjudice, le préteur donne une action *in factum.* Cette solution que nous exposons peut s'induire d'un grand nombre de textes, et notamment de la loi 14 *Præscriptis verbis* (XIX, V). Un navire est sur le point de faire naufrage; un passager jette à la mer des marchandises qui appartiennent à un autre, dans le but de sauver ses propres marchandises. Le navire ne sombre pas et il est reconnu que ce jet a été fait inutilement. Le texte distingue : S'il y a eu dol, l'action *de dolo* est donnée, mais s'il n'y a pas eu dol, le magistrat accordera une action *in factum.*

Les solutions identiques sont données par d'autres textes, parmi lesquels nous citerons la loi 7, § 7, à notre

titre et la loi 55 *De adquir. rerum dominio,* XLI, I, Dig. et deux textes des *Institutes* de Justinien : le § 11 *De oblig. quæ ex delict.,* IV, I, et le § 16, *De lege Aquilia,* IV, III. On peut donc généraliser et dire que toutes les fois qu'un préjudice a été causé sans dol, mais *sine jure,* le préteur donne une action *in factum.* Cette action ne se limite pas à la restitution de l'enrichissement du défendeur; elle tend à la réparation du préjudice tout entier. Elle est donc pénale et partant annale et intransmissible au point de vue passif; inutile de dire que sa formule ne parle pas du dol, et ne fait qu'énoncer les faits d'où résulte le préjudice.

L'action *in factum* dans cette dernière hypothèse est une voie de recours prétorienne, très étendue, s'appliquant à de nombreuses hypothèses; elle permet la réparation de dommages qui ne peuvent être atteints par l'action *de dolo,* et dont la loi Aquilia ne permet pas la réparation, car l'action de cette loi ne réprime que le dommage matériel apporté à la chose d'autrui (l. 33, § 1, *Ad legem Aquiliam,* IX, II).

DROIT FRANÇAIS

DU CONFLIT DES LOIS

EN CE QUI CONCERNE

LA SUBSTANCE DES OBLIGATIONS

CONVENTIONNELLES

DROIT FRANÇAIS.

DU CONFLIT DES LOIS

EN CE QUI CONCERNE

LA SUBSTANCE DES OBLIGATIONS

CONVENTIONNELLES.

INTRODUCTION.

Aux termes de l'article 1134 du Code civil, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Le consentement des parties constitue l'essence même des conventions. Les obligations nées de ces conventions sont donc le résultat de la volonté des parties contractantes. Les obligations, a dit M. de Savigny, sont du domaine de la volonté libre. Il en résulte que, dans leurs conventions, les parties peuvent régler au gré de leurs désirs les obligations par lesquelles elles se lient; elles en peuvent déterminer l'objet, les conditions, les effets.

Ces principes sont admis et consacrés dans toutes les législations. Comment donc concevoir qu'une contestation puisse s'élever entre personnes de nationalité différente, au sujet de leurs conventions, au sujet des obligations qu'elles ont contractées?

Cela semble impossible, parce que cette matière est régie, non par des lois positives, mais par la volonté des parties.

Les conflits de lois sont cependant possibles en matière d'obligations conventionnelles; ils sont même fréquents. Le plus souvent, en effet, les parties n'ont pas prévu dans leurs conventions toutes les difficultés, toutes les contestations auxquelles elles peuvent donner lieu. Leur silence sur ces divers points fera naître des questions délicates. D'après quelle loi ces questions devront-elles être jugées? C'est ici que se produit le conflit de lois. Les parties ont omis de préciser dans leur contrat la nature, les conditions d'exercice, les effets de l'obligation. Dans quelle loi faudra-t-il rechercher les règles que les parties n'ont pas déterminées?

En faisant leurs conventions, les parties ont généralement en vue une certaine loi à laquelle elles se réfèrent pour la réglementation de leurs obligations; c'est cette loi qu'il importe de déterminer dans le cas où un conflit de législation s'élève à propos de la substance des obligations conventionnelles.

Les obligations peuvent donner naissance en droit international privé à de nombreuses et intéressantes questions, non-seulement en ce qui concerne leur substance, c'est-à-dire leur nature, leurs conditions et leurs effets, mais encore à plusieurs autres points de vue. Il ne faut pas croire qu'en cette matière tout soit laissé à la libre

volonté des parties qui contractent. Pour entrer dans les liens d'une obligation, pour devenir créanciers ou débiteurs, les contractants doivent être investis d'une certaine capacité, ils doivent réunir certaines conditions déterminées par la loi. Le conflit de lois peut se concevoir facilement à ce point de vue. C'est ainsi, pour n'en citer qu'un exemple, qu'on peut se demander si un étranger, qui, d'après sa loi nationale, n'est majeur qu'à vingt-cinq ans, peut contracter en France des obligations dès qu'il a atteint l'âge de vingt et un ans. Cette question de capacité contractuelle ne rentre pas dans le cadre de notre étude limitée aux conflits de lois relatifs à la substance des obligations.

Cette raison ne nous permettra pas non plus d'étudier les conflits qui peuvent surgir entre les diverses lois qui régissent la forme de l'acte obligatoire, la preuve de l'obligation; nous n'aurons pas à traiter de la règle célèbre que l'on formule ainsi : *Locus regit actum.* Nous ne nous occuperons pas davantage de l'extinction des obligations. Nos travaux et nos recherches se limiteront à l'étude des conflits de lois qui peuvent naître à l'occasion de la substance même des obligations conventionnelles. Loin de nous d'ailleurs la prétention d'étudier cette matière dans tous ses détails, dans toutes ses applications, de traiter toutes les questions qu'elle a fait naître. Notre but est plus modeste. Nous voulons établir simplement les principes généraux qui doivent servir à trancher ces conflits de lois. Ces principes posés, nous nous bornerons à en donner les applications les plus intéressantes, celles surtout qui nous sembleront devoir en mieux faire ressortir le caractère et la portée.

Nous puiserons nos principes dans les règles du droit

international privé; mais nous nous placerons surtout au point de vue de la justice française, et le plus souvent nous étudierons les questions nées du conflit des lois, en supposant qu'elles sont portées devant un tribunal français, nous demandant quelle devrait être la décision de nos magistrats. Aussi, avant d'aborder le sujet qui fera le fond même de notre thèse, devons-nous indiquer quelle est en cette matière la mission des juges français.

Les conflits de lois peuvent naître au sujet d'obligations contractées entre Français et étrangers; si ce litige est porté devant un tribunal français, la compétence de ce tribunal est certaine. La seule question est alors de savoir quelle loi doit régir ce contrat. Mais lorsque le procès est né à l'occasion d'un contrat passé entre deux étrangers, s'ils portent leur litige devant un tribunal français, une question préalable se pose : le tribunal français est-il compétent? Voici quelle est sur ce point la décision de la jurisprudence :

En principe, les tribunaux français sont incompétents pour juger les contestations civiles entre étrangers; ils ne doivent la justice qu'aux nationaux. Toutefois, il ne s'agit pas là d'une incompétence absolue et d'ordre public. En conséquence, si aucune des parties n'oppose l'exception d'extranéité, les juges eux-mêmes peuvent rester saisis de l'affaire.

En matière commerciale, les nécessités pratiques ont conduit la jurisprudence à adopter une règle différente : Les tribunaux français sont considérés comme compétents, pourvu qu'il y ait lieu d'appliquer l'article 420 du Code de procédure civile.

La règle générale est donc l'incompétence, mais elle est mitigée par une compétence facultative.

Nous croyons cette jurisprudence contraire à notre législation nationale.

Le premier reproche que nous lui faisons, c'est de n'être pas un système; elle laisse aux parties une telle latitude qu'il est extrêmement difficile d'arriver à une conclusion. D'après cette règle, les tribunaux sont compétents et ne le sont pas. De là une fluctuation incessante.

En second lieu, cette règle est fondée par la jurisprudence sur un principe avec lequel elle est en contradiction. Les tribunaux français, dit-elle, sont incompétents pour les étrangers, parce qu'ils n'ont été institués que pour les Français. Soit, mais alors il faut caractériser cette incompétence en l'appelant incompétence absolue, *ratione materiæ*.

En effet, quand on dit que les tribunaux français ne sont pas faits pour les étrangers, on veut parler évidemment d'un principe d'ordre public. Il est donc contradictoire alors de dire : cette incompétence *ratione materiæ* sera mitigée par une compétence relative, car c'est dire : Cette incompétence est relative. La faculté de soumettre un différend à un tribunal français est de droit civil, et cependant elle peut être considérée comme une faculté de droit des gens. La contradiction est manifeste.

D'autre part, si nous négligeons ce motif, nous supprimons la contradiction, et alors nous nous trouvons en face de la formule suivante : Il y a incompétence *ratione personæ*, parce que de deux tribunaux c'est le tribunal étranger qui doit l'emporter; le défendeur étranger a le droit de réclamer la juridiction de son pays. Ce système ainsi conçu n'a plus rien de choquant,

seulement sur quoi est-il fondé? Du moment que nous supposons l'article 11 écarté, et que la faculté d'ester en justice devient une faculté de droit des gens, pourquoi l'exercice de cette faculté sera-t-il soumis à d'autres règles quand il s'agira d'étrangers. Le défendeur a l'avantage de se refuser à plaider et le demandeur ne peut le forcer à accepter les juges français. Ce système aboutit donc à un déni de justice.

Nous croyons que l'article 59 serait un moyen simple de résoudre la question : Si l'étranger défendeur est domicilié en France, le tribunal compétent sera le tribunal français ; s'il est domicilié à l'étranger, le tribunal compétent sera le tribunal étranger. Si la question de domicile est douteuse, reste la résidence. Si maintenant nous envisageons l'exception faite en matière commerciale, nous voyons que les étrangers sont mis sur la même ligne que les Français. La principale raison que l'on en donne, c'est que les obligations commerciales sont des obligations de droit des gens ; or, les étrangers ont les facultés du droit des gens. Ce raisonnement est parfaitement juste ; seulement il en résulte alors une nouvelle contradiction. Si la faculté de soumettre à la justice les rapports de droit des gens est elle-même une faculté du droit des gens, il en devrait être ainsi en matière civile comme en matière commerciale. Quand certains contrats civils sont faits dans un but déterminé, on les qualifie de contrats commerciaux. Le droit commercial n'est qu'une des branches du droit civil.

Dès lors on peut dire que si les contrats commerciaux sont de droit des gens, c'est parce qu'ils répondent à des besoins unanimes, reconnus partout. Ainsi il y a encore une contradiction manifeste à poser deux règles con-

traires, l'une pour les contrats civils, l'autre pour les contrats commerciaux; il faut adopter une règle unique et l'appliquer à tous les contrats. Du moment que les étrangers ont le droit de vendre, d'acheter, de s'associer, il faut l'admettre en matière civile comme en matière commerciale. C'est dans cette idée que se trouve la clef du système réel de notre loi. Nous croyons que c'est à l'article 11 qu'il faut se rattacher pour trouver un principe en cette matière : d'après l'article 11, il y a aujourd'hui des facultés du droit des gens et des facultés du droit civil. Les étrangers ont la jouissance des premières; ils n'ont pas la jouissance des secondes. Or, un législateur qui accorde la jouissance de certaines facultés aux étrangers leur en accorde la sanction. Ce serait donner des droits illusoires aux étrangers que de leur refuser la sanction de ces droits devant les tribunaux français.

Notre conclusion est donc qu'en toute matière, dans laquelle il s'agit d'un droit visé par le Code civil comme étant une faculté de droit des gens, les règles de procédure ordinaire doivent être appliquées aux étrangers.

Nos lois françaises ne contiennent pas un Code de droit international privé; il n'en est pas de même de toutes les législations. Plusieurs articles du Code italien contiennent des règles de droit international; ils en posent les principes généraux. Dans leurs décisions, les tribunaux italiens doivent s'appuyer sur ces textes pour déterminer quelle est la loi applicable à l'acte juridique, à l'occasion duquel est né le procès; si un tribunal italien violait une règle contenue dans ces articles, son jugement serait sujet à la censure de la Cour de cassation.

Quelle est en matière de droit international privé le rôle de notre Cour de cassation? Voici quel est son sys-

tème : la violation d'une loi étrangère ne peut pas donner ouverture à cassation, à moins toutefois que cette contravention à une loi étrangère ne contienne le principe d'une violation de la loi française. Telle est la décision d'un arrêt de la Cour de cassation du 25 mai 1868 (Sirey, 1868. 1. 365).

Pour résoudre cette question, il faut distinguer deux hypothèses : le cas où le tribunal français, en appliquant la loi étrangère qui devait régir le procès, en a fait une fausse interprétation, et le cas où il a appliqué une loi étrangère au lieu d'une autre.

Dans la première hypothèse, le juge français a violé la loi étrangère; il l'a mal interprétée; sa décision n'est pas sujette à la censure de notre Cour de cassation, qui n'est gardienne que de la loi nationale et non des lois étrangères. Quand le juge français applique une loi étrangère, il n'y puise que des éléments de fait servant à baser sa conviction. En l'interprétant faussement, il ne commet qu'une erreur de fait, sa décision est souveraine.

Dans la seconde hypothèse, le juge français a appliqué une loi étrangère autre que celle qui, d'après le droit international privé, devait servir à trancher le litige. Il n'a pas violé une loi étrangère, il a violé une règle de droit international privé. Il en est ainsi, par exemple, lorsqu'un juge n'applique pas à tous les effets du contrat la loi qui régit le contrat lui-même; dans ce cas, il viole une règle que nous justifierons dans notre second chapitre. La violation de cette règle permet-elle à la Cour de cassation de réformer ce jugement?

On a soutenu que l'inobservation d'une règle de droit international privé pouvait permettre la cassation d'un jugement : en effet, dit-on, le Code civil lui-même sanc-

tionne au moins implicitement les règles du droit international. L'article 4 punit le juge qui a refusé de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi; ce texte impose au magistrat français le devoir impérieux de juger même en l'absence de tout texte de loi. Or, le Code civil étant muet sur les règles si importantes cependant du droit international privé, il n'est pas permis de supposer qu'il a oublié d'en formuler les règles. On doit supposer que c'est à dessein que ses rédacteurs ne l'ont pas fait, parce que ces règles n'avaient pas encore acquis dans la doctrine une fixité suffisante; ils s'en sont rapportés aux règles que la doctrine établirait plus tard, et ils les ont sanctionnées par avance en imposant au juge le devoir de juger malgré le silence de la loi.

Ce système, quelque séduisant qu'il puisse paraître et quelque avantageux qu'il soit au point de vue de la sanction du droit international privé, n'a cependant pas triomphé dans la doctrine. Il est, en effet, de principe que le recours en cassation n'est ouvert que contre les jugements qui ont violé un texte formel de loi française. Or, dans l'espèce supposée aucun texte de nos Codes n'a été violé.

Toutefois, il ne faudrait pas exagérer cette solution. Dans certaines hypothèses, le recours en cassation serait possible en raison de la violation de certaines règles du droit international privé, mais c'est qu'alors ces règles sont contenues dans des textes législatifs. Ainsi l'article 3 du Code civil renferme plusieurs principes importants qui servent à trancher des conflits de lois, il contient des règles de droit international. De même encore, dans l'hypothèse où il faut rechercher quelle loi doit régir les

formes extrinsèques d'un acte juridique, d'un contrat, la célèbre règle : *locus regit actum* peut s'induire facilement des articles 47, 170 et 999 du Code civil. C'est en ce sens qu'il faut entendre la formule de la jurisprudence.

La Cour suprême n'admet le pourvoi formé pour violation d'une loi étrangère ou d'une règle de droit international privé que si cette violation contient le germe d'une contravention à la loi française, que si le tribunal français a violé une règle de droit international renfermée au moins implicitement dans un article de la loi française. Mais le Code civil est presque muet en ce qui concerne le droit international privé. Où trouverons-nous les règles que devront appliquer les magistrats français pour résoudre les questions nées des conflits de lois? Il faudra recourir à la doctrine et à la jurisprudence : beaucoup d'excellents jurisconsultes ont traité ces questions dans leurs ouvrages; de nombreux arrêts sont intervenus en cette matière, et peu à peu l'accord s'est fait sur les questions les plus graves. Les principes les plus importants commencent à ne plus être discutés. La science du droit international est donc toute de raisonnement et de tradition.

Les législations anciennes pourront nous fournir des renseignements, et les écrits de nos anciens jurisconsultes français nous seront d'un grand secours; nous croyons même que le droit romain ne nous sera pas complètement inutile.

Les Romains n'ont jamais connu le droit international. Tout étranger était un ennemi; le seul mot *hostis* servait à désigner à la fois l'étranger et l'ennemi. Rome ne reconnaissait aux étrangers aucun droit civil; la loi des XII Tables exprimait cette idée d'une manière énergique :

adversùs hostem æterna auctoritas esto. Les Romains n'avaient aucune idée des droits naturels que nous reconnaissons aujourd'hui à tous les hommes, quelle que soit leur nationalité; leur droit civil était exclusivement réservé aux citoyens.

Cependant nous croyons que les conflits de lois n'étaient pas inconnus des jurisconsultes romains. Lorsque les étrangers, les *hostes,* avaient été soumis par les armes à la domination romaine, ils formaient de nouvelles provinces. Rome, dont l'organisation politique était municipale, ne pouvait pas accorder à ses nouveaux sujets le droit de cité; ils ne pouvaient pas venir de la Gaule ou de l'Afrique voter au *forum.* Elle leur laissait alors leurs lois civiles, et même souvent leur autonomie, leur organisation politique, leurs municipes. La province était commandée par un gouverneur romain, mais les villes gardaient leurs franchises municipales, les habitants restaient soumis à leurs lois. Ces habitants des provinces s'appelaient des pérégrins; ce n'étaient pas des étrangers, des *hostes,* mais des sujets, des alliés de Rome. Il y avait donc dans l'immense étendue du monde romain de nombreuses provinces, un grand nombre de peuples vaincus et soumis à la domination romaine. Les lois nationales de ces divers peuples offraient la plus grande diversité, et comme ils les avaient conservées après la conquête, Rome avait dans ses provinces des sujets pérégrins, soumis à des lois, sortes de coutumes locales, fort différentes les unes des autres. C'est à ce point de vue que le conflit de lois pouvait exister, et que les jurisconsultes romains avaient à le trancher.

Ces questions de conflits de lois, ces difficultés sur le point de savoir quelle loi il fallait appliquer, lorsque

dans un procès le demandeur et le défendeur étaient deux pérégrins soumis à des lois différentes, devaient être très fréquentes, et cependant elles n'ont pas laissé de traces dans la compilation de Justinien.

Le *judex unus* ne tranchait que les procès qui s'élevaient entre plaideurs citoyens romains. Lorsque dans un procès l'une des parties au moins était un pérégrin, ou quand le procès s'élevait entre pérégrins, la compétence appartenait à des *récupérateurs;* parmi les trois récupérateurs il y avait au moins un pérégrin. L'affaire était portée devant eux au moyen de la formule délivrée par le magistrat, à Rome par le préteur pérégrin, dans les provinces par le gouverneur.

Quel droit appliquaient ces juges? Ce n'était pas le droit civil qui était propre aux citoyens. Ils appliquaient le droit des gens, ou les communes locales. Sans afficher une assurance qui ne comporte pas une question aussi délicate que celle que nous traitons, nous croyons que le droit des gens était appliqué aux pérégrins alliés de Rome, et les lois locales aux pérégrins soumis à la domination romaine, aux habitants des provinces. Le droit des gens était formulé dans l'édit du préteur pérégrin; sa base était l'équité naturelle. Le préteur pérégrin édictait les règles puisées dans le droit naturel. Ce droit des gens appliqué aux procès entre citoyens romains et pérégrins alliés rendait impossible tout conflit de lois. Mais il n'en était plus de même en ce qui concernait les habitants des provinces; ces pérégrins, sujets de Rome, étaient jugés d'après leur droit national.

Cette dernière assertion est prouvée par des textes nombreux du droit romain. Ulpien nous apprend que les magistrats de Rome devaient sanctionner le testament

d'un pérégrin fait conformément à sa loi nationale, *secundùm civitatis suæ jura* (Ulp., Règles, XX, 14). De même encore Gaïus, dans les paragraphes 29, 66 à 78 et 92 de son premier commentaire, reconnaît la validité d'un mariage contracté entre pérégrins dépourvus du *connubium* conformément à leur loi nationale; mais ce mariage ne produit pas les effets des justes noces. Le même Gaïus nous apprend que les pérégrins n'avaient pas de *codex,* pouvaient s'engager par un contrat *litteris,* au moyen des *chirographa* ou *syngrapha.* De même enfin, l'hypothèque fut longtemps une institution propre aux provinciaux; c'est aux pérégrins des provinces que les Romains l'ont empruntée.

Mais d'après quelles règles devaient se trancher les conflits entre ces diverses lois dont nous venons de constater l'existence? Ainsi un procès s'élève entre un citoyen romain et un habitant de province. Quelle loi devront appliquer les juges? celle du demandeur ou celle du défendeur? Nous n'avons sur ce point qu'un seul texte spécial à la Sicile; c'est une loi *Rupilia* mentionnée plusieurs fois par Cicéron dans ses Verrines[1]; voici les solutions données par cette loi : Quand un Sicilien était défendeur, le Romain demandeur était soumis pour ce litige à la loi Sicilienne; si le rôle de défendeur appartenait à un Romain, le procès devait être tranché d'après le droit des gens contenu dans l'édit du proconsul. Mais cette règle n'était vraie qu'en ce qui concerne la Sicile, et tous les auteurs latins nous apprennent que cette province jouissait d'une législation de faveur.

Après la célèbre constitution d'Antonin Caracalla, qui

[1] Cicéron, *in Verem actio secunda,* lib. II, cap. XVI et XVII.

conféra le droit de cité à tous les sujets de l'Empire, les conflits de lois devinrent beaucoup plus rares; ils ne furent plus possibles que relativement aux provinces annexées postérieurement à cette date, et auxquelles Rome permit de conserver leurs lois nationales. Il ne restait en dehors de l'Empire romain que les barbares auxquels on ne reconnaissait aucun droit.

La législation romaine ne nous fournit donc que très peu d'indications en ce qui concerne les conflits de lois. Il n'en est pas de même de notre ancien droit français, auquel nous devons consacrer une étude beaucoup plus sérieuse.

Dans notre ancien droit français la question change de face. La France reconnaît l'existence des autres nations, elle entretient avec elles des relations diplomatiques et commerciales; le droit international privé est possible, les conflits de lois ont leur raison d'être. Cependant les conflits de lois d'État à État sont peu fréquents, et nos anciens jurisconsultes ne paraissent pas s'en être beaucoup occupés. Un travail d'une plus grande importance pratique s'imposait à eux : l'étude des conflits nombreux qui s'élevaient entre les diverses coutumes en vigueur sur le territoire de la France; ils y ont consacré plusieurs traités intéressants dans lesquels nous aurons à puiser de précieux renseignements. D'ailleurs, les principes qui servent à trancher les conflits entre coutumes locales d'un même État sont, à peu de chose près, les mêmes que ceux à l'aide desquels on tranche les conflits de lois d'État à État. Il y a toutefois entre ces deux genres de conflits de lois quelques différences que nous aurons plus tard à dégager; c'est ainsi notamment, nous le démontrerons, que dans les conflits de lois d'État à État la na-

tionalité des plaideurs a une importance capitale; dans les conflits de coutumes locales, cette importance appartient au domicile (P. Fiore, *Droit intern. privé,* p. 9).

Nous allons donc rechercher dans les écrits des vieux juristes français quelle était leur théorie sur les conflits des diverses coutumes, nous attachant surtout à étudier la marche suivie par la science, à préciser les progrès réalisés d'un siècle à l'autre, depuis l'époque des glossateurs jusqu'à la Révolution française.

Dans cette étude historique, il ne nous est pas permis de nous borner à rechercher quelles ont été les solutions de nos anciens auteurs relativement aux conflits de lois que soulève la substance des obligations. Nous devons élargir le cercle de cette étude. Dans notre ancienne jurisprudence, en effet, les questions de conflits entre les diverses coutumes étaient toutes résolues d'après les règles de la théorie célèbre des statuts. Il est donc indispensable pour nous de procéder à une exposition de cette importante théorie, avant de nous demander si dans le droit moderne nous devons encore emprunter au système des statuts les principes qui nous serviront à trancher les conflits de lois, ou si nous devons édifier pour cela une théorie nouvelle.

C'est à l'époque où dominait la règle de la territorialité des lois que les glossateurs ont eu l'intuition du principe de la personnalité. Il n'est pas facile de reproduire exactement la théorie de ces jurisconsultes, parce qu'ils n'ont pas établi des principes généraux; ils ont procédé en résolvant certaines questions qui se posaient dans la pratique. Pour eux, ce qui est le plus digne attire à soi le moins digne; la personne, dont la dignité n'est pas comparable à la valeur des biens, attire à elle toutes

les choses. C'est ainsi que les glossateurs ont pu afffrmer qu'il y a des lois personnelles. C'est de cette façon qu'ils ont créé la théorie des statuts.

La règle est en faveur de la personnalité des lois. Exceptionnellement toutefois, il y a des lois territoriales, des lois dont l'application ne peut être faite en dehors des limites du territoire pour lequel elles ont été édictées. Le statut personnel franchit les limites du territoire, le statut réel y reste enfermé, mais il s'applique à tous ceux qui l'habitent.

Le germe de cette théorie se trouve dans le respect des glossateurs pour le droit romain. Pour ces jurisconsultes italiens, la législation romaine, c'est le droit national, le droit qui doit s'appliquer dans toute l'Italie, sans que l'on doive avoir égard aux frontières de tous les petits États qui couvrent le sol de la péninsule. Ils n'ont reconnu qu'avec regret la force obligatoire des lois spéciales de ces États, des statuts des cités, mais ils ont cherché à la restreindre. Ces statuts tirant leur force obligatoire de la souveraineté des États qui les ont édictés, leur application doit être restreinte au territoire soumis à cette souveraineté. Pour les glossateurs, la règle est simple : le droit romain forme le statut personnel, les statuts locaux des cités italiennes constituent le droit territorial.

Les glossateurs entreprirent de résoudre les conflits des statuts avec le droit romain et des statuts entre eux.

Quant au rapport du droit romain avec les statuts, ils proclamèrent comme règle que le droit romain serait le droit commun applicable à toutes les républiques italiennes, parce que l'empire romain subsistait encore

dans les mains des empereurs d'Allemagne. En conséquence, ils décidèrent que les statuts resteraient essentiellement territoriaux sur les points où ils étaient en contradiction avec le droit romain.

Quant aux conflits des statuts entre eux, ils étaient ainsi réglés :

1° Les statuts devaient être en principe réels, c'est-à-dire s'appliquer à toute personne et à toute chose dans l'étendue du ressort territorial, et ne pas s'appliquer au delà.

2° Par exception, certaines dispositions des statuts devaient être personnelles, c'est-à-dire ne pas s'appliquer aux étrangers dans le ressort territorial, et suivre au delà de ce ressort ceux qui y avaient leur domicile.

En introduisant cette distinction, les glossateurs s'appuyèrent sur des raisons fausses. Ils furent singulièrement embarrassés par le droit romain auquel ils voulaient tout rattacher; ils croyaient trouver dans ce droit la solution de toutes leurs règles et ils y cherchaient des lumières qu'ils ne trouvaient pas toujours. Voilà ce qui explique pourquoi ils donnèrent souvent des raisons peu justifiées de leurs solutions.

Bartole notamment a posé les règles de cette matière dans le commentaire de la loi *Cunctos populos* au titre de *Summà Trinitate* (loi 1 au Code, livre I, titre I), et pourtant cette loi n'a aucun rapport avec la théorie des glossateurs.

La difficulté était de trouver un critérium. Bartole ne réussit pas à la résoudre. Pour lui, les statuts réels sont ceux qui s'appliquent seulement dans l'étendue du territoire, mais qui régissent tous ceux qui y habitent, tandis que les statuts personnels s'appliquent à ceux

pour lesquels ils ont été édictés, même lorsqu'ils se trouvent à l'étranger. Mais à quoi reconnaître un statut réel d'un statut personnel? C'est ici que se trouve le défaut de la doctrine de Bartole. Il dit que ce sont les lois favorables qui devront suivre l'individu, et que les lois défavorables devront s'appliquer seulement dans l'étendue du territoire. Or il n'y a rien d'incertain comme un critérium consistant à dire : on distinguera les statuts favorables et les statuts défavorables. Car, quels sont les statuts favorables? Puis, pourquoi une loi dite défavorable, serait-elle circonscrite dans un territoire?

La distinction passa néanmoins dans la pratique. Bartole imagina quelque chose de plus particulier. Il dit qu'on pourrait se guider et donner une décision différente selon que l'idée de personne apparaîtrait la première dans la formule ou l'idée des biens.

Cette distinction, si puérile qu'elle fût, même après avoir encouru la critique dédaigneuse de Dumoulin et de d'Argentré, passa dans la pratique, car elle était extrêmement commode; les avocats s'en servaient encore au XVIIe siècle. Ce n'était qu'une distinction purement verbale et non un critérium scientifique. Aussi fournit-elle aux ennemis des glossateurs une arme contre leur école.

Lorsque la distinction des statuts fut adoptée en France au XVIe siècle, ce fut avec des réserves. En effet, le droit romain était le droit commun de presque toute l'Italie, tandis que les statuts des villes italiennes formaient le droit étroit, le droit territorial. Mais il n'en était pas de même en France. Les coutumes n'étaient pas comme les statuts italiens, un droit local, un droit municipal. C'est ce que Guy Coquille exprimait fort bien dans son

naïf langage : « Les coutumes des provinces, de France qu'on appelle coutumières, sont leur vrai droit civil et commun..... Pourquoi j'estime que nos docteurs françois se mécomptent quand ils comparent nos coutumes aux statuts..... Car, en Italie, le droit commun, c'est le même droit civil des Romains. Les statuts, pour ce qu'ils sont exorbitants du dit droit romain, ont été tenus et réputés de droit estroit..... Doncques le droit civil romain n'est pas notre droit commun et n'a force de loy en France; mais y doit être allégué seulement pour la raison. » (Guy Coquille, *Œuvres,* tome II, Commentaires sur les coutumes du Nivernais, pages 1 et 2.)

D'autre part, nos jurisconsultes s'efforcèrent de mieux définir les deux classes de statuts que ne l'avaient fait les glossateurs.

Dumoulin donna cette formule : *Quod agit in rem reale est; quod ad personam personale sit.* Ainsi Dumoulin s'attache à l'objet sur lequel porte le statut, tandis que jusque-là on s'était placé au point de vue de l'étendue l'application du statut. Entendue de cette manière, la théorie des statuts devenait trop étroite. Il y a bien certaines dispositions de lois qui concernent les personnes, abstraction faite des choses : telles sont les conditions de validité du mariage. Il y a aussi des lois qui ne portent que sur les choses sans toucher aux personnes. Mais la plupart ont pour but de régler les intérêts pécuniaires nés des rapports des personnes avec les choses. On fut alors amené à imaginer une troisième catégorie de statuts, portant à la fois sur les personnes et sur les choses. Ce furent les statuts mixtes qui furent inventés par d'Argentré, mais on se créa ainsi de très grands embarras. Au point de vue de leur étendue d'application,

on divisait tous les statuts en réels et personnels. Dans quelle classe ranger les statuts mixtes?

La loi réelle, c'est la loi qui est circonscrite dans les limites du territoire, la loi personnelle c'est la loi qui franchit les limites du territoire. Un statut mixte serait donc celui qui, tout à la fois, serait enfermé dans les limites du territoire et pourrait en sortir. C'est chose impossible. Donc, il n'y a point de statut mixte.

D'Argentré, le célèbre commentateur de la coutume de Bretagne, était le champion de la réalité; Dumoulin soutenait l'extension du principe de la personnalité. Tous les deux admettaient le principe féodal que toutes les coutumes sont réelles; la personnalité était donc l'exception. La controverse portait sur l'extension à donner à la personnalité.

D'Argentré[1] admet qu'il y a des lois personnelles. Ainsi il constate que les hommes diffèrent entre eux en raison du climat sous lequel ils vivent, des traditions nationales. Chez certains peuples, l'intelligence se développe plus vite que chez les autres; il en conclut que les lois qui règlent l'état et la capacité des personnes doivent être personnelles.

La majorité de chaque individu doit être fixée par sa loi personnelle et non par la coutume du pays où il se trouve, où il a fait un contrat. Car l'incapacité et la capacité sont plutôt l'œuvre de la nature que l'œuvre de la loi. Mais d'Argentré apporte immédiatement des restrictions à ce principe; il restreint autant que possible l'étendue de la règle de la personnalité des lois. D'après lui, la coutume du domicile d'un individu ne détermine que

[1] D'Argentré, sur l'article 218 de la coutume de Bretagne.

sa capacité générale; toutes les questions de capacité spéciale doivent être tranchées d'après la loi territoriale. C'est ainsi que la capacité de tester ne dépend pas du statut personnel.

Un statut n'est personnel aux yeux de d'Argentré que lorsqu'il règle la capacité juridique d'une personne dans ses rapports purement personnels; si ce statut régit les rapports d'une personne avec les biens, c'est un statut territorial (D'Argentré, *Comm.,* p. 677, n° 7).

Charles Dumoulin sortit vainqueur de sa lutte contre d'Argentré; il donna à la règle de la personnalité une grande extension. Cet éminent jurisconsulte admet le principe que toutes les coutumes sont réelles, mais il conçoit de la façon la plus large l'exception de la personnalité. C'est ainsi qu'en notre matière des obligations conventionnelles, il admet les deux grands principes sur lesquels nous appuierons notre théorie : la règle de la personnalité des lois et la règle de l'autonomie des parties contractantes.

Dumoulin affirme que les conventions ont leur loi dans la volonté des parties; la loi positive n'est pas en jeu lorsqu'il s'agit de conventions; il en résulte que les conventions doivent s'exécuter sans avoir égard aux frontières territoriales. L'effet de la loi, de la coutume, peut être limité à l'étendue d'un territoire, mais non l'effet de la volonté humaine. Il pose le principe que Pothier reproduira plus tard et qui passera dans l'article 1134 de notre Code civil, que les conventions librement formées sont la loi des parties. « *Et advertendum quod quando consuetudo inest contractui, non inest tanquam lex publica....; sed tanquam pars contractus, et lex privata, et conventionalis a contrahentibus volita, inducta*

et disposita » (Molinæus, Consil. L III, n° 4, tom. II, pag. 964).

La volonté des parties étant la loi des conventions, le jurisconsulte, pour déterminer les effets et la nature du contrat, devra s'appuyer uniquement sur la volonté des parties. Si cette volonté est expresse, rien de plus facile, on applique la règle à la lettre; mais si les parties n'ont pas exprimé leur volonté, le jurisconsulte devra la rechercher dans les circonstances du contrat; il recherchera si les parties s'en sont rapportées à la loi du lieu où le contrat a été passé, ou à la loi de leur domicile.

Le contrat à propos duquel Dumoulin traite surtout des obligations conventionnelles, c'est le contrat de mariage. Il décide que les effets du contrat de mariage doivent se produire dans tous les pays où les époux possèdent ou acquièrent des biens, quelle que soit la coutume en vigueur dans chacun de ces lieux. Les effets du contrat de mariage ne varient pas avec les coutumes qui régissent les lieux où sont situés les biens des époux. Dumoulin décide même que dans le cas où les époux n'ont pas fait de contrat de mariage et où la communauté leur est assignée par leur coutume comme régime matrimonial de droit commun, les effets de ce régime s'étendent hors du territoire régi par la coutume, car l'adoption de ce régime dépend moins de la coutume que de la volonté tacite des parties. La coutume ne fait que présumer la volonté des époux, et ceux-ci en ne faisant pas de contrat de mariage se sont soumis tacitement au régime de la communauté. En vertu de cette règle, les époux mariés à Paris sans contrat seront mariés sous le régime de la communauté, et ce régime produira ses effets même relativement aux biens situés dans des pays de droit écrit.

C'est sur ce dernier point que porta la grande controverse entre Dumoulin [1] et d'Argentré [2]; ce dernier admettait que les effets des contrats devaient se produire hors du territoire de la coutume qui les régit, mais il rejetait cette solution en ce qui concerne les effets de la communauté légale imposée par la coutume aux époux qui se sont mariés sans contrat de mariage. Dumoulin établit victorieusement que les effets de la communauté doivent être les mêmes, soit que la communauté ait été stipulée par les parties, soit qu'elle résulte de la coutume; dans ce dernier cas, elle est le résultat d'une convention tacite des parties.

La théorie de Dumoulin en matière de contrats et obligations conventionnelles fut aussi professée par Guy Coquille. Ce jurisconsulte coutumier classe parmi les statuts personnels les lois sur les conventions, et il admet un principe que nous verrons adopter au XVIIIe siècle par Bouhier, à savoir, que dans le silence des parties, les obligations conventionnelles et les contrats doivent être régis par la coutume du lieu où les parties contractantes ont leur domicile, car c'est à cette loi qu'elles ont dû se référer en contractant[3]. Guy Coquille a soutenu le premier que les actes qui dépendent de la volonté des parties contractantes, les conventions doivent être soumises à la coutume en vigueur dans le lieu du domicile des parties, en ce qui concerne leurs conditions de validité et leurs effets. C'est ainsi qu'il décide qu'une donation entre époux domiciliés dans le ressort d'une

[1] Dumoulin (*Opéra*, t. II, p. 964, conseil 53).

[2] D'Argentré (*Comment.*, pag. 685, 690, nos 34-40).

[3] Guy Coquille (*Œuvres*, tome II, p. 81 de l'institution au droit français).

coutume où ce contrat est permis, est valable et produit des effets même relativement à des biens situés dans un pays où ces donations sont prohibées (Guy Coquille, *Questions et réponses sur les articles des coutumes de France,* quest. 135. — *Œuvres,* tom. II, pag. 214).

Pendant le XVIIe siècle, les questions de conflit de lois ont été peu étudiées par les jurisconsultes français; les ouvrages relatifs à cette matière ont été publiés surtout en Belgique et en Hollande par Burgundus, Hubert, Rodenburg, Paul Voët et Jean Voët. Mais ces légistes abandonnèrent la voie tracée par Dumoulin, et enseignèrent le principe féodal de la territorialité des lois.

C'est de la France que partit au XVIIIe siècle le grand mouvement vers la personnalité des lois. A cette époque il se produit une véritable fermentation dans les esprits, des idées nouvelles se font jour et les théories philosophiques, avant d'être appliquées par la Révolution, exercent déjà une heureuse influence sur la science du droit. Des jurisconsultes éminents s'adonnent à l'étude des questions soulevées par les conflits de lois, et qu'on appelle les questions mixtes. Au premier rang, brillait le barreau de Paris. Un avocat, M. de Riparfonds, avait légué à l'ordre sa bibliothèque à la condition que les avocats se réuniraient au local de cette bibliothèque pour y discuter les questions mixtes; c'est à la suite de ces dissertations publiques, de ces *disputationes*, que deux avocats célèbres, Froland et Boullenois, écrivirent leurs ouvrages sur la personnalité et la territorialité des lois. Quelques années plus tard, ces mêmes questions étaient traitées d'une façon magistrale dans les observations du président Bouhier sur les coutumes de Bourgogne.

Le premier parmi les jurisconsultes français, Froland,

a composé un ouvrage entier sur la question des conflits de lois. En l'année 1729, il a publié ses mémoires concernant la qualité des statuts. Jurisconsulte praticien, il prend pour base de ses études la jurisprudence des arrêts du Parlement, il admet le principe coutumier que toutes les coutumes sont réelles, mais il cherche avec Dumoulin à étendre l'exception de la personnalité des lois. Il décide que le statut personnel doit l'emporter sur le statut réel (Froland, *Mémoires sur les statuts,* tom. 1, pag. 100 et 101, n° 5). « C'est assez que le statut dispose de l'état de la personne ; il ne saurait plus changer de nature ni devenir une disposition réelle. La personne et les biens sont deux choses fort différentes. La personne est constamment la plus noble, et comme telle elle doit l'emporter sur les biens qui ne sont faits que pour elle. »

Froland n'a pas consacré de chapitre spécial à la théorie des contrats en général; on ne peut connaître son opinion en ce qui concerne les statuts des contrats qu'en lisant les chapitres qu'il consacre dans son Traité aux conventions matrimoniales.

Dans le chapitre 1er de la seconde partie de ses Mémoires, Froland (t. I, p. 177) établit que le statut de communauté n'est pas un statut réel, comme le prétendait d'Argentré, mais bien un statut personnel. Tel était déjà l'avis de Dumoulin. Cette théorie a, d'ailleurs, été consacrée par la jurisprudence des Parlements. Il admet que le contrat de mariage est régi par la coutume du domicile matrimonial des époux. Quand une femme s'est mariée dans un pays de coutume, elle est mariée sous le régime de la communauté qui est le régime de droit commun.

Froland (t. I, p. 203 et suiv.) applique aux effets du

contrat de mariage la loi qui régit le contrat lui-même. C'est ainsi qu'une femme mariée en communauté dans un pays où la coutume admet ce régime comme étant de droit commun, doit toujours être considérée comme commune en biens, quand même son mari et elle auraient changé de domicile et seraient allés se fixer dans un pays de droit écrit où la communauté n'est pas admise. Il en donne ce motif qui est excellent : il ne peut pas dépendre du mari de changer le régime matrimonial en changeant de domicile; aussi, dit-il, « un mari qui voit sa femme dans un état à lui faire présumer qu'elle décédera la première, ne peut pas en se retirant sous une coutume qui n'admet pas la communauté, rendre illusoires ses conventions matrimoniales. »

Dans le second chapitre (1er vol., p. 211), Froland tranche en faveur de la personnalité des lois et de l'application de la loi du contrat à tous ses effets, la célèbre question de savoir si une femme mariée à Paris, avec stipulation de communauté, peut exercer sa qualité de commune sur des conquêts situés en pays de droit écrit; il admet l'affirmative, même dans l'hypothèse où ces biens se trouveraient situés sur le territoire de la coutume de Normandie, dont une disposition prohibait formellement le régime de communauté.

Nous n'insisterons pas davantage sur l'ouvrage de Froland, car il n'a pas de théorie générale sur les contrats; nous avons hâte d'exposer les idées de Boullenois et du président Bouhier qui ont traité plus directement la question qui nous occupe.

Boullenois admet comme Dumoulin la règle que toutes les coutumes sont réelles, mais il cherche à augmenter encore le nombre des exceptions à cette règle; son but

est de faire dominer autant que possible le principe de la personnalité des lois. D'ailleurs, il comprend que plus tard, au lieu d'étudier les questions nées du conflit des coutumes d'un même royaume, il faudra s'occuper des conflits entre les lois des diverses nations. Il fonde le principe de la personnalité des lois sur l'intérêt. « Dieu, dit-il, a établi une communauté entre tous les hommes du monde; il est utile pour le commerce que les coutumes s'entr'aident, se fassent des concessions mutuelles, et il ne faut pas croire que pour cela elles perdent leur autorité; » c'est donc en vue de l'intérêt du commerce, de l'intérêt général que Boullenois propose l'extension du principe de la personnalité des lois.

Il a composé plusieurs ouvrages sur les statuts. Dans un premiér traité sur les démissions de biens publié en 1732, il étudie dans la question sixième la distinction des statuts réels, personnels et mixtes. Il laisse entrevoir à ce propos ses théories sur la qualité des statuts. C'est ainsi qu'il classe parmi les statuts purs personnels ceux qui règlent les engagements dont l'effet est de lier et d'obliger les personnes, et cela, même dans le cas où ces engagements produisent des droits réels, des hypothèques par exemple, car, suivant sa propre expression, ces engagements *adhærent personæ et ossibus* (pag. 86). Plus loin, il distingue le statut personnel qu'il appelle statut négatif, du statut réel ou affirmatif. Le statut personnel ou négatif emporte une négation de puissance; il est nécessaire que cette impuissance suive partout la personne qu'elle affecte. Cette inhabilité, dit-il, est comme une plaie, une cicatrice au corps, que la personne porte en quelque endroit qu'elle juge à propos d'aller. Mais, quant au statut affirmatif, un homme

peut être dispos de tous ses membres, et, pour porter une incapacité d'aller partout, peut néanmoins être arrêté par une digue ou par tel obstacle qui l'empêche de passer. Cet homme n'en est pas moins dispos en soi, mais l'obstacle qui se rencontre l'arrête court. Il en est de même de l'homme qui a une capacité personnelle; un statut réel peut l'arrêter (p. 124 et suiv.). Boullenois publie en 1766 son œuvre capitale, le Traité sur la personnalité et la réalité des lois; c'est le seul ouvrage ancien où les conflits de lois relatifs à la substance des obligations soient étudiés d'une façon distincte. Il consacre à cette matière deux chapitres; l'observation XXIII dans son premier volume, sur les solennités et les formes des actes, et dans le second volume l'observation XLVI sur la loi qui doit régir les contrats.

Après avoir indiqué une excellente division (1er vol. observ. XXIII, p. 446) des éléments des contrats en quatre classes : 1° *Substantialia contractuum,* éléments essentiels, tels que le consentement des parties et l'objet; 2° *Naturalia contractuum,* c'est-à-dire les suites qui dérivent de la nature même du contrat, comme la garantie dans la vente; 3° *Accidentalia,* ou éléments accidentels, comme la nécessité de donner caution stipulée dans le contrat; et 4° *Solemnia contractuum,* Boullenois en adopte une autre assez analogue à la précédente. Cette nouvelle division décompose les contrats en cinq éléments : *Solemnia habilitantia;* 2° *Solemnia probantia;* 3° *Substantialia contractuum;* 4° *Naturalia et accidentalia;* 5° *Solemnia completoria.* Malheureusement, il ne se conforme pas avec une exactitude scrupuleuse à la division qu'il vient d'annoncer, et lorsqu'il a terminé l'étude assez longue des formalités habilitantes et des

formalités probatoires, il intitule sa troisième partie : Formalités et solennités substantielles et intrinsèques (p. 498, 1er vol.), et sa quatrième partie : Formalités *quæ requiruntur ex post facto* (p. 517). Cette méthode a l'inconvénient de faire rentrer tous les éléments des contrats dans les formalités, et cet inconvénient se traduit immédiatement par des conséquences pratiques que nous allons signaler en recherchant avec lui quelle loi doit régir les contrats, à quelle loi doivent être soumis les effets des contrats.

La loi du contrat d'après Boullenois, c'est la loi du lieu où le contrat est intervenu, la *lex loci contractùs*. Appelant les éléments essentiels formalités intrinsèques et essentielles, il a été amené à les traiter comme des formalités et à leur appliquer la règle *locus regit actum*. Cette règle qu'on suit la loi du lieu du contrat s'applique à tous les éléments essentiels du contrat. C'est à ces éléments que Boullenois donne le nom de formalités intrinsèques et viscérales; ce sont ceux sans lesquels le contrat n'existerait pas, qui *dant esse contractui* (t. I, p. 498) : tels sont dans tous les contrats le consentement des parties, dans la vente la chose et le prix, dans certains prêts la tradition de la chose en poids, nombre et mesure.

La loi du contrat, c'est la *lex loci contractùs*. Telle est la règle générale. « En effet, dit-il (2e vol., p. 512), dans les contrats, les conventions émanent de plusieurs personnes; or, ces différentes personnes pouvant être domiciliées dans différents endroits, régies par différentes lois, l'utilité du commerce, le bien de la justice et même la loi naturelle exigent que l'on donne la préférence à la loi du contrat. » Cette solution est fondée sur l'inten-

tion présumée des parties. Les contrats sont une matière de pure interprétation de volonté. Quand les parties contractent dans un lieu, elles sont présumées s'instruire des lois de ce lieu. De ce passage il semble résulter que si les parties ont le même domicile, la difficulté n'existe plus, le contrat est régi par la coutume du domicile commun aux deux époux; mais Boullenois n'a pas tiré lui-même cette conclusion; il ne considère que la *lex loci contractùs*.

Boullenois traite longuement des effets des contrats. Dans son premier volume, il les divise en effets directs, qu'il étudie dans son paragraphe des solennités intrinsèques, et en effets indirects, qu'il étudie dans son paragraphe sur les solennités *quæ requiruntur ex post facto*. Dans cette distinction se trouve le germe d'une théorie moderne que nous exposerons plus tard, et qui distingue parmi les effets des contrats, les effets directs et les suites ou simples conséquences (théorie de Fœlix).

Quelle loi régit les effets directs des contrats? C'est la loi du contrat lui-même, la loi à laquelle sont soumis sa formation et ses éléments essentiels. Boullenois en fait une application remarquable à un contrat des plus importants, au contrat de mariage (1er vol., p. 506).

Les époux en se mariant ont stipulé le régime de la communauté. La dissolution de cette communauté est un effet direct du contrat de mariage. Cette loi, nous la connaissons, c'est la *lex loci contractùs*, la loi du lieu où les époux se sont mariés, et où ils ont continué de résider jusqu'au décès de l'un d'eux. En matière de contrat de mariage, Boullenois attache une certaine importance à la loi du domicile. Mais quelle loi doit régir

la dissolution de la communauté lorsque, pendant le mariage, les époux ont changé leur domicile? Cette question fut discutée dans la conférence des avocats du Parlement de Paris. Il faut décider que la dissolution de la communauté est régie par la loi du contrat de mariage, parce que c'est un effet direct de ce contrat. C'est la coutume du domicile matrimonial qui déterminera si la dissolution de la communauté se produira de plein droit par la mort d'un des conjoints, ou si quelque autre acte, comme un inventaire, sera nécessaire pour opérer cette dissolution. Il ne faut tenir aucun compte des changements de domicile des époux : on suit la loi du lieu où la communauté s'est formée. La solution serait la même en ce qui concerne le droit pour la femme de renoncer à la communauté. Une femme se marie sous l'empire d'une coutume qui ne lui donne pas ce droit de renonciation; elle ne pourra pas en user alors même que cette faculté serait accordée aux femmes par la coutume du lieu où la communauté s'est dissoute.

Dans son observation XLVI (2e vol., p. 464), Boullenois nous donne une autre application de la règle que la loi du contrat en régit tous les effets. Dans les pays de droit écrit, les novelles accordent aux débiteurs solidaires le bénéfice de division qui leur est refusé par certaines coutumes, et notamment par celles de l'Anjou et du Poitou. Supposons donc une obligation solidaire contractée en pays de droit écrit par des Angevins envers un Gascon. Les Angevins débiteurs jouiront du bénéfice de division, car cet effet de leur contrat doit être, comme le contrat lui-même, soumis à la *lex loci contractùs*.

La même règle s'applique encore à un autre effet important des contrats, à la production des intérêts.

Dans le silence de la convention, les intérêts sont-ils régis par la loi du lieu où le contrat est intervenu ou par la loi du lieu où le paiement doit s'effectuer? La question ne se posait pas autrefois dans les mêmes termes qu'aujourd'hui, en raison de la prohibition du prêt à intérêts par le droit canonique; mais on éludait cette interdiction au moyen de la constitution de rentes, et notre question se posait à l'occasion de ce contrat. Quelle loi doit régir le taux des rentes, quand il n'est pas le même d'après la *lex loci contractùs* et la *lex loci solutionis?* Boullenois répond exactement que les intérêts doivent être régis par la loi du contrat. Il fonde sa décision sur la loi 1 au Digeste au titre de *Usuris*. « *Cum judicio bonæ fidei disceptatur, arbitrio judicis usurarum modus ex more regionis ubi contractum est constituitur.* » Il en donne l'exemple suivant :

« Nous avons vu de nos jours, dit-il [1], qu'étant défendu de constituer des rentes à un taux plus fort que le denier 30, ceux qui voulaient emprunter à constitution au denier 20, envoyaient des procurations pour passer le contrat à Pontoise, du ressort de Normandie, où l'édit n'avait pas été enregistré. » Boullenois n'avait donc pas même la pensée que dans cette hypothèse on dût suivre la loi du domicile des parties. Nous verrons que tout autre est la solution de Bouhier.

Le taux des rentes constituées est donc régi par la loi du lieu où le contrat a été passé. La règle n'est plus la même en ce qui concerne les rentes foncières; leur taux est déterminé par la loi de la situation de l'immeuble. Ainsi un Parisien vend à Paris un fonds situé en Norman-

[1] 2e vol., p. 472 et suiv.

die, moyennant une rente rachetable au denier 10, qui est le taux de cette province, tandis qu'à Paris le rachat a lieu au denier 12. Cette rente est valable, parce que, dit Boullenois, elle est imposée sur le prix d'un fonds situé en Normandie, où le denier 10 existe.

Si depuis la constitution de rente le taux a été changé par une décision royale, le créancier même étranger est tenu de s'y soumettre. Lorsque le roi juge à propos d'adoucir la condition des débiteurs d'une province, c'est une exception qu'il leur accorde, et ils en peuvent user même contre un créancier domicilié dans une autre province. C'est une force majeure à laquelle le créancier est obligé de se soumettre. Bouhier, nous le verrons, donnait dans cette hypothèse une solution identique.

Quelle loi devait régir les effets indirects des contrats, ce que Boullenois appelle les *accidentalia contractuum,* les solennités *quæ requiruntur ex post facto?* Ces effets indirects, ces conséquences des contrats, ce sont les droits qui naissent au profit d'une des parties à l'occasion d'un contrat, mais par une cause nouvelle, accidentelle et après coup, *ex post facto.* Ces droits ne sont pas soumis à la loi du contrat, mais à la loi du lieu où cette cause nouvelle d'obligation a pris naissance.

Nous en trouvons un exemple remarquable dans la théorie de la demeure et des intérêts moratoires. Quelle loi doit régir les effets de la demeure et le taux des intérêts moratoires? Ce n'est pas la loi du contrat, mais la loi du lieu où le paiement doit être effectué. C'est là que la demeure est encourue, c'est là que prend naissance l'obligation aux dommages-intérêts.

Cette solution ne souffre pas de difficultés quand la

convention détermine le lieu du paiement. Mais que faut-il décider lorsque les parties ne se sont pas expliquées sur ce point? Dans cette hypothèse, Boullenois distingue : Si un jour a été fixé pour le paiement, le terme met le débiteur en demeure : *dies interpellat pro homine.* Le débiteur étant obligé par convention tacite d'aller au domicile du créancier pour le payer, s'il ne veut pas encourir la demeure, c'est au domicile du créancier que la demeure est encourue en cas de non-paiement. C'est donc la coutume du domicile du créancier qui doit régir la demeure (2e vol., p. 478 ; et en ce sens, voir un arrêt du Parlement de Bourgogne du 23 août 1689).

S'il n'y a pas de jour fixé pour le paiement, le créancier doit interpeller son débiteur et lui faire savoir qu'il veut être payé. C'est au domicile du débiteur que la demeure est encourue, il faut suivre alors la loi de ce domicile. Si le débiteur a changé de domicile, il faut appliquer sa nouvelle loi personnelle. Mais faudrait-il maintenir cette décision dans le cas où le débiteur, ayant contracté dans un domicile où les intérêts moratoires courent de plein droit en vertu d'une simple interpellation, serait ensuite venu demeurer dans le ressort d'une coutume où une demande judiciaire est nécessaire. Certains auteurs soutiennent qu'il faut suivre la loi du domicile qu'avait le débiteur au jour du contrat, parce qu'il ne saurait par son fait rendre la condition du créancier plus onéreuse. Boullenois soutient le contraire en disant que la demeure est une cause nouvelle d'obligation survenue depuis l'engagement, et qu'il faut suivre la loi du lieu où cette cause nouvelle prend naissance. L'obligation aux intérêts moratoires naît au lieu où se

produit la demeure : leur taux doit être régi par la loi en vigueur dans cet endroit[1].

Le président Bouhier a publié, en 1742, ses observations sur les coutumes de Bourgogne. Dans les cha-

[1] Boullenois (p. 479 à 489, 2e vol.) cite à ce propos l'exemple d'un procès intéressant qui montre bien le jeu des principes admis en cette matière au XVIIIe siècle. Le procès s'était élevé à l'occasion des droits seigneuriaux, dûs par un sieur Buisson au duc de Bourbon, et aux princes et princesses ses frères et sœurs, seigneurs engagistes de la baronnie de Gex, qui lui avaient vendu plusieurs terres dans le pays de Gex, pour le prix de 15,000 livres; les droits seigneuriaux se montaient à 29,200 livres payables à Gex. Il y eut des contestations à Paris à cause des retards apportés par Buisson dans le paiement. Les droits des seigneurs engagistes étaient exercés par un sieur de Branvaux, qui était aussi domicilié à Gex, mais qui était allé résider à Paris. Un compte judiciaire intervint dans cette dernière ville. D'après ce compte, Buisson ne devait plus que 15,170 livres de capital, qu'il s'engageait par acte notarié à payer dans deux ans, et 3,475 livres d'intérêts dûs qu'il s'engageait à payer dans un an. Dans cette convention passée à Paris, Buisson s'obligeait à payer les intérêts de ces sommes jusqu'au paiement, au denier 20, conformément à l'acte du 6 juin 1721. En effet, un arrêt du conseil du 29 mars 1642 permettait aux habitants de la Bresse, du Bugey et du pays de Gex de prêter à intérêts des sommes exigibles.

Buisson ne payant pas, de Branvaux l'assigna en paiement. Buisson soutint que la convention de payer des intérêts était nulle, attendu que si les habitants du pays de Gex peuvent faire des prêts d'intérêts, ils ne le peuvent pas par des contrats passés à Paris; de Branvaux prétendit au contraire que la faculté de se faire payer, en vertu d'une convention, les intérêts d'une somme qui reste exigible est un statut personnel, puisqu'il habilite la personne à faire certaines conventions. Le statut doit la suivre partout où elle contracte. Boullenois donne raison à de Branvaux; mais, c'est par un tout autre motif qu'il se prononce pour l'application de la loi de Gex. Ce n'est pas un statut personnel, dit-il; on n'applique pas cette loi parce que c'est celle du domicile des deux parties, mais parce que c'est la *lex loci solutionis*. C'est à Gex que la demeure s'est produite; c'est par cette loi que doivent être régis les intérêts moratoires, et non par la *lex loci contractûs*.

pitres XXIII à XXXVI de son ouvrage, il étudie la théorie des statuts, les questions de conflits de lois.

Ce qui le distingue de ses prédécesseurs, Froland et Boullenois, c'est qu'il n'adopte pas comme principe la vieille règle féodale que toutes les coutumes sont réelles. Après avoir exposé dans son chapitre XXIII (1er vol. p. 451, nos 11 à 16) les origines du principe de la territorialité des lois, il combat cette règle; il déclare que, s'il est vrai que chaque loi est souveraine dans son territoire, cependant toutes les fois que le bien public paraît l'exiger, il faut abandonner le principe de la réalité. L'intérêt public ne conseille pas seulement l'extension de la personnalité des lois, il l'exige impérieusement. Mais l'intérêt n'est pas pour Bouhier le fondement du principe de la personnalité. A la différence de Boullenois, il fonde cette règle sur une idée de droit. Dans son dernier chapitre sur les questions mixtes, il se demande si dans le doute un statut doit être tenu pour réel ou pour personnel; et il affirme le premier, qu'on doit adopter comme règle générale, la personnalité des lois. « La raison en est, dit-il (ch. XXXVI, p. 598, n° 4), que le droit naturel est la loi primordiale de toutes les nations; aussi nous devons nous en rapprocher autant que possible; ce qu'on ne saurait mieux faire qu'en donnant la plus grande extension aux statuts qui y sont conformes. »

Recherchons avec Bouhier quelle doit être la loi des contrats : quand les parties ont déclaré par quelle loi devaient être régies leurs conventions, on applique la coutume qu'elles ont choisie. Dans le silence des parties, il faut se décider d'après la règle de la personnalité des lois : la loi des contrats, c'est la loi personnelle des con-

tractants, la loi de leur domicile. Bouhier abandonne ainsi complètement la doctrine de la réalité qui donnait la prépondérance à la loi du lieu où le contrat avait été passé, et s'il s'empresse de justifier sa théorie (ch. XXI, p. 383, n° 2) : « Les hommes sont naturellement soumis à la loi de leur domicile; c'est une espèce d'obligation qu'ils contractent en naissant. Le domicile d'une personne n'est pas l'endroit où elle est née, c'est le domicile de ses père et mère. On peut changer de domicile quand on est majeur; mais, on garde son domicile d'origine tant qu'on n'en a pas acquis un autre, on est présumé le conserver jusqu'à sa mort. C'est par la loi du domicile que sont régis les actes des personnes. »

En matière de contrat de mariage, Bouhier fait d'intéressantes applications de la personnalité des lois. En principe, comme toutes autres conventions, les conventions matrimoniales sont libres (ch. XXI, p. 385, n°s 15 et 16). Les époux peuvent choisir la coutume qui régira leur régime nuptial. Quand ils ont déclaré leur volonté dans leur contrat de mariage, cette clause de leur convention doit recevoir tout son effet. Il n'est même pas besoin pour cela d'une stipulation formelle; on peut tirer en ce sens une induction des clauses du contrat. Aussi un homme d'un pays coutumier se marie dans une province de droit écrit, et dans son contrat de mariage il accorde à sa femme un augment de dot, ou bien son contrat parle des biens paraphernaux de la femme. On doit en conclure que le mari s'est soumis aux lois des pays de droit écrit.

Mais dans le silence des parties, quelle loi doit régir le contrat de mariage? Est-ce la loi du domicile du mari, ou bien la loi du lieu où a été passé le contrat de ma-

riage, ou encore la loi de la paroisse où a été célébré le mariage religieux? C'est dans l'intention, dans la volonté présumée des époux qu'on doit rechercher la réponse à cette question (ch. XXVI, p. 503, n° 3).

Bouhier (ch. XXI, p. 385, nos 18 et suiv.), commence par repousser l'application de la loi du lieu où le mariage religieux a été célébré, ainsi que la loi du lieu où a été passé le contrat de mariage. En effet, une demeure passagère, le fait de conclure un contrat par hasard dans un endroit plutôt que dans un autre, ne peut pas faire présumer qu'on a voulu se soumettre à la coutume en vigueur dans ce lieu; ce n'est pas non plus la coutume du lieu du prédécès du prémourant, car l'incertitude où l'on est sur le lieu où l'on mourra, ne permet pas de supposer que les époux ont voulu soumettre leurs conventions matrimoniales à la loi du domicile mortuaire. Il faut qu'au jour même du mariage, on sache par quelle coutume seront régis les droits des conjoints.

Froland et d'anciens arrêts du Parlement de Paris avaient décidé que le contrat de mariage était régi par la coutume du domicile de la femme, parce que la plupart des droits de communauté, le douaire, le droit de bague et de joyaux, etc., regardant la femme, elle avait dû choisir la coutume qu'elle connaissait le mieux. D'ailleurs, lors du contrat de mariage, et jusqu'à la célébration du mariage, la femme n'était pas soumise à la loi du domicile du mari.

Bouhier et la jurisprudence récente du Parlement décident qu'il faut suivre la coutume du domicile du mari. En effet, la femme en se mariant a le dessein de suivre son mari dans son domicile; elle est donc censée se soumettre à la coutume de ce domicile. Enfin on doit ajouter

que le contrat de mariage est réputé passé au moment même du mariage. Cela est si vrai qu'il tombe si le mariage n'a pas lieu. La loi du contrat de mariage est donc la loi du domicile du mari.

Si le mari change de domicile, la coutume qui régit les conventions matrimoniales ne change pas, c'est toujours la coutume du domicile matrimonial, du premier domicile des époux, la coutume du lieu où lors du mariage la femme a dû présumer que le mari fixerait son domicile.

Cependant les conventions des parties ne sont pas absolument libres; les parties ne peuvent pas violer une règle formelle du statut personnel de la loi de leur domicile.

Ainsi l'article 330 de la coutume de Normandie défend de stipuler dans les contrats de mariage le régime de communauté. Les époux normands soumis à cette coutume ne peuvent pas éluder cette règle prohibitive qui fait partie de leur statut personnel. Froland est d'un avis contraire (*Statuts*, part. II, ch. II, n° 6). Mais comme cette prohibition est un statut personnel, elle ne s'applique pas aux conjoints domiciliés ailleurs, à Paris, par exemple, et qui étant mariés en communauté ont des biens situés en Normandie. C'est ce que nous déciderons tout à l'heure en étudiant avec Bouhier l'effet des conventions, l'étendue du statut personnel.

Ce n'est pas seulement au contrat de mariage que le savant président du Parlement de Bourgogne applique le principe de la personnalité des lois, c'est à toutes les conventions. Il se demande dans son chapitre XXI (n° 190, pag. 412) d'après quelle coutume on doit décider si les clauses insérées par les parties dans leurs conventions

sont légitimes. Il nous dit que Dumoulin avait d'abord admis la *lex loci contractùs : In concernentibus contractuum et emergentibus tempore contractùs inspici debet locus, in quo contrahitur;* mais qu'ensuite il l'avait rejetée comme fausse, parce que les parties contractent souvent par hasard dans un lieu où elles n'ont pas leur domicile et dont elles ne connaissent pas la coutume. Bouhier conclut qu'il faut suivre la loi de celui qui s'oblige, à moins qu'il n'y ait stipulation contraire, ou que les circonstances ne prouvent que les parties ont voulu suivre la *lex loci contractùs.* Il applique cette règle au contrat de prêt. Nous savons que le prêt à intérêts n'était pas permis en Bourgogne; il ne l'était qu'en Bresse, en Bugey et dans le pays de Gex. Si un prêt était fait par un créancier Bresson à un débiteur Bourguignon, quelle loi devait-on suivre? Nous savons que ce n'est pas la *lex loci contractùs.* Sera-ce celle du créancier ou celle du débiteur? C'est la coutume du créancier, car c'est chez lui que doit se faire le paiement (Arrêt du Parl. de Bourgogne du 29 août 1689).

Il en est de même en cas de constitution de rente. Quand le taux n'est pas le même au domicile du créancier que dans le pays du débiteur, on suit le taux fixé par la coutume du créancier, car c'est là que le prêt est censé fait.

Le président Bouhier conforme ainsi toutes ses solutions au principe de la personnalité des lois; il applique aux contrats la coutume du domicile des parties contractantes. En ce qui concerne les effets des contrats, Bouhier décide qu'ils sont soumis à la loi qui régit le contrat lui-même.

Dans son chapitre XXVI (pag. 505, n°s 24 et suiv.), il

fait des applications de cette règle à la matière du contrat de mariage. La communauté stipulée à Paris s'étend même aux biens situés en Normandie, bien que les articles 330 et 389 de cette coutume ne permettent pas de stipuler la communauté et prohibent toute dérogation à cette disposition.

De même, et en sens inverse, les Normands, en raison de leur statut personnel prohibitif ne peuvent pas stipuler la communauté; ils ne le peuvent que lorsqu'ils ont porté leur domicile dans une autre coutume. Dans l'intérieur d'un même état, en effet, lorsque les provinces sont régies par des lois diverses, le statut personnel ne se règle pas par la nationalité, mais par le domicile. Pour qu'il y ait changement de statut personnel, il faut un changement réel de domicile. Ainsi lorsqu'un Normand va épouser à Paris une Parisienne, avec l'intention de rentrer en Normandie, il ne peut pas stipuler la communauté, car il a conservé son ancien domicile. Sa femme emprunte son domicile et se trouve comme lui soumise à la coutume de Normandie : ***Præsumuntur sponsa servisse consuetudinem domicilii viri.***

La femme mariée en Normandie, qui acquiert des conquêts à Paris, ne peut avoir dans ces conquêts que la part à elle attribuée par l'article 329 de la coutume de Normandie. Il n'en est toutefois ainsi que sauf stipulation contraire : Bouhier permet à la femme normande de stipuler, malgré l'article 329, que pour les conquêts sis hors de Normandie, elle aura la part fixée par la coutume de la situation des biens. Il cite en ce sens (pag. 509, nos 60 et suiv.) un arrêt du 22 juin 1683 rapporté par Basnage.

Voici l'espèce : Le sieur de Servient, receveur gé-

néral des finances à Rouen, avait contracté mariage avec Marie Groulard, fille du Premier Président de Normandie, avec cette clause qu'il donnait part à sa future épouse dans tous les meubles et conquêts, tels que par la coutume des lieux où ils pourraient lui compéter et appartenir. Après sa mort et celle de sa femme, leur fils demanda part du chef de sa mère dans les conquêts que le père avait faits pendant le mariage hors de Normandie. Les créanciers du père s'y opposèrent, prétendant que le défunt et sa femme n'avaient pu contracter ensemble de communauté. Sur quoi la contestation fut décrétée en faveur du fils.

Bouhier commente l'arrêt. Il dit que si la femme s'était mariée sans contrat, comme elle est censée avoir contracté conformément à la coutume, elle ne pourrait prétendre dans les conquêts faits hors de la province que la même part qu'elle aurait eue dans les acquisitions faites en Normandie; mais si, comme dans l'espèce, elle a stipulé quelle part elle aurait dans ces conquêts, il faut donner effet à sa stipulation.

Le président Bouhier écrivait à la veille de la Révolution française. Il nous est dès lors facile de constater le développement du droit international dans notre ancienne jurisprudence. Partis du principe féodal de la territorialité des lois, nos jurisconsultes français sont arrivés avec Bouhier à affirmer le principe de la personnalité des lois. C'est le principe que nous adopterons : la personnalité est la règle, la réalité l'exception. Les jurisconsultes du XVIIIe siècle qui, les premiers, ont adopté ce principe et qui ont fait faire à la science du droit international privé ses plus grands progrès, ont eu un mérite d'autant plus grand que leurs instruments de tra-

vail étaient défectueux. Ils ont pris pour base de leurs études la célèbre théorie des statuts, qui les a obligés à imaginer des distinctions subtiles et ne leur a été d'aucun secours pour la solution des questions nées des conflits de lois. Aussi croyons-nous devoir abandonner cette théorie.

La théorie des statuts que nous rejetons, c'est celle qui a régné dans tout notre ancien droit depuis Dumoulin, mais non la distinction des statuts réels et personnels, telle que l'entendaient les glossateurs. Cette dernière théorie est profondément vraie; c'est la distinction des statuts dont l'application est limitée à l'étendue du territoire, et de ceux dont l'effet dépasse les frontières; ce n'est même pas, à proprement parler, une théorie, c'est le fond même du droit international privé, dont le but est de rechercher si les lois d'une nation doivent s'appliquer en dehors de son territoire et quelles sont ces lois dont l'effet dépasse les frontières de l'État qui les a promulguées.

Nous combattons la théorie des statuts de Dumoulin et des jurisconsultes du XVIIIe siècle, c'est-à-dire la distinction des statuts réels, personnels et mixtes, la théorie qui appelle statuts personnels ceux qui traitent des personnes et réels ceux régissent les biens. Cette théorie est vraie aussi, elle repose sur une idée juste, mais elle n'offre pour l'étude du droit international aucun avantage sérieux. On croit trouver en elle un secours, un appui, et lorsqu'on veut s'en servir, cet appui manque et devient un danger pour celui qui veut y recourir.

En effet, on croit avoir trouvé un critérium sérieux lorsque l'on dit : Les lois personnelles sont celles qui sont relatives aux personnes; elles les suivent en dehors

du territoire. Les lois réelles sont celles qui régissent les biens, elles s'appliquent à tous les immeubles qui se trouvent sur le territoire, quel qu'en soit le propriétaire. Mais lorsqu'on a posé cette distinction, on n'a fait que reculer la difficulté, parce que tout le point de la difficulté consiste précisément à découvrir et à distinguer nettement quand le statut regarde uniquement le fond ou la personne.

Il y a en effet peu de lois qui ne sont relatives qu'aux personnes et aux choses; la plupart, au contraire, sont destinées à régler les rapports juridiques qui naissent des relations des personnes avec les choses. Comment savoir alors si ces lois sont personnelles ou réelles? On est obligé d'imaginer des définitions savantes; les uns disent que les lois étant réelles en principe, il n'y a de personnelles que les lois qui s'occupent uniquement des personnes, abstraction faite des choses. D'autres, comme Boullenois (*Questions sur les démissions des biens*, p. 92), pour étendre cette exception, disent que le statut personnel est celui qui dirige principalement la personne, et ne dispose des choses que par la suite et la condition de la personne. En outre, cette théorie repose sur un principe que nous allons réfuter bientôt, et d'après lequel la règle est que toutes les lois sont réelles. Enfin cette division est trop étroite; il y a des rapports juridiques qui ne rentrent, à proprement parler, ni dans les statuts réels, ni dans les statuts personnels. On a imaginé alors une nouvelle catégorie de statuts, les statuts mixtes. Cela n'était pas encore suffisant, on ne savait dans quelle catégorie classer les lois sur la forme des actes et sur la procédure. On créa alors la classe des statuts formels et des statuts de procédure.

Cette théorie des statuts étant abandonnée, quel principe adopterons-nous comme base de nos études? Deux grands systèmes sont en présence, celui de la réalité et celui de la personnalité des lois. La controverse qui a séparé Dumoulin et d'Argentré s'est perpétuée à travers les siècles, et aujourd'hui elle est loin d'être apaisée.

Le système de la réalité des lois est défendu par tous les légistes anglo-américains. Kent, Story, Wharton, Westlake (Voir Story, *Conflict of laws,* §§ 18 et 19); il a trouvé en France un défenseur autorisé dans M. Fœlix (*Traité de droit intern.,* 1er vol.). Ce système se décompose en deux propositions théoriques, le principe de la territorialité des lois, et le fondement des exceptions à apporter à ce principe, en faveur de la personnalité.

Le principe de la réalité se trouve ainsi formulé par Fœlix (1er vol., n° 9) que le fait résulte de l'indépendance des nations : « Chaque nation possède et exerce seule et exclusivement la souveraineté et la juridiction dans toute l'étendue de son territoire. »

De ce principe, continue Fœlix, il suit que les lois de chaque État régissent de plein droit toutes les propriétés immobilières et mobilières qui se trouvent dans son territoire, comme aussi toutes les personnes qui habitent ce territoire, qu'elles y soient nées ou non. Le corollaire de ce principe, c'est « qu'aucun État, aucune nation ne peut, par ses lois, affecter directement, lier ou régler les objets qui se trouvent hors de son territoire, ou affecter et obliger des personnes qui n'y résident pas, qu'elles lui soient soumises ou non par le fait de la naissance » (Fœlix, n° 10, 1er vol.)

C'est là, disent les réalistes, une conséquence logique

de la souveraineté territoriale : le souverain exerce son pouvoir sur tout ce qui se trouve sur la terre soumise à sa puissance. Les lois seules doivent s'appliquer dans son royaume, en son nom seul doit être rendue la justice. C'est par une exagération de ce principe qu'au moyen-âge l'étranger non noble devenait le serf du propriétaire féodal sur les terres duquel il était venu habiter.

Ce système nous paraît reposer sur une conception inexacte de la souveraineté. Le souverain a le pouvoir de tout faire, mais il n'a pas le droit de faire tout ce qu'il veut; il y a un droit supérieur qui prime la force, la souveraineté ne se confond plus aujourd'hui, comme au moyen-âge, avec la propriété territoriale. Cette souveraineté commandait la territorialité des lois. Chaque seigneur, jaloux de son pouvoir, ne souffrait pas sur ses terres l'application d'une autre loi que la sienne : suivant l'énergique expression de Boullenois, les lois étaient ennemies comme les seigneurs et les peuples.

Cette conception féodale de la souveraineté est abandonnée aujourd'hui, nous en avons une plus haute idée : la souveraineté impose à celui qui en est investi plus de devoirs qu'elle ne lui donne de droits. Les hommes sont réunis à l'état de société afin d'assurer leur sécurité, de perfectionner leurs facultés physiques et intellectuelles. La souveraineté et le pouvoir qu'elle confère, n'ont d'autre raison d'être que la conservation de l'ordre social, la protection des individus : le souverain a pour mission de permettre aux hommes le développement de leurs facultés. Il doit sa protection à tous ceux qui habitent sur le territoire soumis à sa puissance, aux étrangers comme aux nationaux. A tous il interdit les actes qui pourraient troubler l'ordre public. Le souverain ne doit

commander aux étrangers qui viennent chez lui, que lorsque l'intérêt public l'exige, mais dans l'ordre des intérêts privés, les étrangers doivent être libres.

L'ordre social n'étant pas en cause, le souverain ne peut pas imposer ses lois civiles aux étrangers pour la réglementation de leurs intérêts particuliers; il doit les protéger et il ne peut mieux le faire qu'en faisant respecter leurs lois civiles nationales qui doivent les régir partout. La souveraineté ne donne des droits que lorsque l'ordre social est en jeu; or, la conservation de la société n'exige pas que l'état et la capacité des étrangers soient régis par la loi du pays où ils vont résider. Décider autrement, ce serait scinder la personnalité humaine qui est indivisible de sa nature. Un individu ne peut pas être capable dans un pays et incapable dans un autre.

C'est donc à tort, selon nous, que les juristes anglo-américains ont affirmé le principe de la réalité des lois; ils ont exagéré l'importance de la souveraineté territoriale. Cette tendance trouve d'ailleurs sa raison d'être dans le caractère du droit anglo-américain. C'est un droit coutumier qui a peu changé depuis le moyen-âge et qui porte encore l'empreinte de la féodalité. Toutefois les juristes de la *Common-law* n'ont pas poussé à l'extrême la règle de la territorialité des lois; ils ont été obligés de tempérer cette règle trop absolue et d'admettre des exceptions à leur principe; mais pour eux les lois ne sont jamais personnelles qu'à titre d'exception. Nous allons rechercher avec Fœlix et Story quel peut être le fondement de cette règle exceptionnelle.

M. Fœlix (1er vol., n° 11, pag. 21 et suiv.) justifie ainsi les exceptions qu'il apporte au principe de la réalité : « Tous les effets que les lois étrangères peuvent produire

dans le territoire d'une nation, dépendent absolument du consentement exprès ou tacite de cette nation......... Les législateurs, les autorités politiques, les tribunaux et les auteurs, en admettant l'application des lois étrangères, se dirigent, non pas d'après un devoir de nécessité, d'après une obligation dont l'exécution peut être exigée, mais uniquement d'après des considérations d'utilité et de convenance réciproques des nations (*ex comitate, ob reciprocam utilitatem*)..... Les sujets de chaque État ont des rapports multiples avec ceux des autres États... De là découle la nécessité, ou du moins l'utilité pour chaque État, et dans le propre intérêt de ses sujets, d'accorder certains effets aux lois étrangères, afin que ses sujets trouvent dans les mêmes pays une protection réciproque de leurs intérêts. C'est ainsi qu'il s'est formé entre les nations une convention tacite sur l'application des lois étrangères, convention fondée sur les besoins réciproques. »

On a donné à cette théorie le nom de système de la *courtoisie*. L'application des lois étrangères dérive de la courtoisie internationale, de la *comitas gentium;* c'est le fondement du droit international privé. Mais le mot courtoisie n'est employé que par euphémisme et par les partisans de ce système; en réalité, et quoiqu'on n'ose pas l'avouer bien franchement, la courtoisie des nations, fondement du droit international, n'est autre chose que leur intérêt. Cette convention tacite entre les nations sur l'application des lois étrangères est fondée sur les besoins réciproques. C'est Fœlix lui-même qui le dit sans déguiser sa pensée.

Nous ne pouvons adopter un système juridique qui n'a pour fondement que l'intérêt. L'intérêt est essentiellement

variable; il ne peut pas être un principe, le système d'ailleurs conduit à des difficultés pratiques considérables. Comment les juges sauront-ils exactement ce que c'est que la courtoisie internationale, quelles sont les règles de cette courtoisie? Il n'est guère facile de savoir s'il y a intérêt ou convenance pour un État à permettre l'application de telle loi étrangère. Il est impossible de préciser exactement ce que doit être cette courtoisie; elle dépend fatalement d'un grand nombre de circonstances toutes essentiellement variables. Les principes doivent être immuables, on ne peut donc pas prendre comme base du droit international privé l'intérêt qui est variable de son essence. Il faut à la science du droit international un principe de droit. Ce principe, dans lequel le droit international privé doit trouver son fondement, a été affirmé pour la première fois, mais d'une façon encore incomplète par M. de Savigny. Il a été formulé d'une façon magistrale en 1852 à l'Université de Turin par un jurisconsulte éminent, qui est en même temps un homme d'État distingué, M. Pasquale Mancini[1]. C'est le principe de la personnalité des lois fondé sur l'idée de nationalité. Ce principe a été enseigné depuis en Italie par Esperson, Lomonacco, Pascale Fiore, et en Belgique par M. Laurent.

La théorie de la personnalité des lois repose sur ce principe juridique, que tous les hommes sont égaux, à quelque nation qu'ils appartiennent. Tous les hommes en naissant sont investis de certains droits; pour pouvoir dé-

[1] M. Mancini a été plusieurs fois ministre en Italie. Son cours d'introduction, dans lequel il a exposé son principe, se trouve inséré en tête de son Traité *Del Diritto internazionale*, publié à Naples en 1873.

velopper leurs facultés, ils doivent jouir partout des droits civils, de ces droits qui sont un accessoire de la vie et sans lesquels ils ne sauraient atteindre leur perfectionnement; chaque homme doit pouvoir les exercer partout, puisqu'il peut vivre et exercer son activité dans le monde entier. La séparation politique des États n'a rien de contraire à l'exercice des droits privés. Tout son effet est d'interdire à un homme d'exercer les droits politiques, les droits de citoyen dans une autre nation que la sienne; mais un individu peut exercer partout où il se trouve ses droits privés, les droits qu'il tient de sa qualité d'homme, de membre de la grande famille humaine.

Ce principe a reçu une consécration législative solennelle; en supprimant le droit d'aubaine, l'Assemblée nationale a proclamé, dans la loi du 6 août 1790, le principe que tous les hommes sont égaux dans la sphère des droits privés, qu'ils sont comme des frères. « Considérant que le droit d'aubaine est contraire aux principes de fraternité qui doit lier tous les hommes, quels que soient leur pays et leur gouvernement. » Les droits civils appartiennent à tous les hommes; ils constituent leur personnalité juridique; ce sont ces droits constitutifs de la personnalité humaine que la célèbre Déclaration du 26 août 1789 appelle Droits de l'homme, et qu'elle déclare appartenir à tous, quelle que soit leur nationalité.

Ces droits civils sont régis pour chaque individu par sa loi nationale. Aujourd'hui la prépondérance n'appartient plus, nous le démontrerons plus tard, à la loi du domicile, mais à la loi nationale; car, avec le XIXe siècle, l'idée de nationalité s'est affirmée. Les coutumes particulières ont disparu pour faire place aux grandes lois nationales. C'est au législateur de chaque nation qu'il

appartient de régler l'état et la capacité de ses sujets; lui seul est à même de connaître les circonstances multiples de climat, de races, de traditions, qui peuvent influer sur le développement de ses facultés. Ces droits personnels déterminés par la loi nationale doivent suivre l'homme partout où il lui plaît d'aller. On ne change pas d'état et de capacité en changeant le lieu de sa résidence. Un Anglais qui vient en France reste Anglais; il conserve son caractère national, ses mœurs, son tempérament. C'est ce qu'explique bien M. Mancini en disant que l'individu venant d'un pays froid, où le développement des facultés physiques et morales est tardif, reste avec raison, d'après les lois de son pays, dans un état de minorité et d'incapacité pour un temps plus long qu'il ne le serait d'après les lois d'un pays chaud; en arrivant dans un pays du midi, il n'acquiert pas instantanément les qualités physiques et morales qui lui manquent pour être majeur et capable.

L'état et la capacité des individus sont donc déterminés par leur loi nationale. Cette loi régit tous leurs droits privés et suit partout les individus, car ces droits sont inhérents à la personne. Les citoyens et les étrangers doivent être égaux dans la sphère des droits privés. Le principe est donc que toutes les lois civiles, toutes les lois relatives aux intérêts privés sont personnelles. La souveraineté n'y fait pas obstacle, car elle n'a d'influence que dans le domaine des droits politiques.

Toutefois, cette règle générale de la personnalité des lois subit une exception. La souveraineté ne permet pas l'application, sur son territoire, des lois étrangères contraires à l'ordre public. Lorsqu'une nation a établi certaines règles comme base de son organisation sociale et

politique, elle ne peut pas permettre qu'il y soit dérogé par des lois étrangères édictées en vue d'une organisation sociale différente. C'est en vertu de ce principe que certaines lois sur la propriété immobilière et sur les successions doivent être territoriales. Ainsi la France ne peut pas souffrir l'application à des immeubles français de lois étrangères qui feraient revivre la féodalité, abolie par les lois de la période intermédiaire. Il en est de même des lois de police et de sûreté; elles obligent les étrangers comme les nationaux (art. 3), et l'État faillirait à sa mission de protéger l'ordre social, s'il ne punissait pas les étrangers qui viennent le troubler.

La souveraineté ne doit exiger la territorialité des lois que lorsque l'ordre public, la conservation sociale sont en jeu; mais lorsqu'il s'agit des intérêts privés, la souveraineté n'est plus en cause, et chaque nation doit sanctionner à l'égard des étrangers l'application de leurs lois civiles nationales. Ce n'est pas, nous l'avons démontré, par simple courtoisie internationale que les nations permettent l'application des lois étrangères, c'est en vertu d'un principe supérieur, du principe de l'égalité de tous les hommes. Il y a entre les nations comme entre les individus une communauté de droits, qui exige la connaissance des lois étrangères. C'est en ce sens que l'Assemblée nationale disait qu'elle regardait l'universalité du genre humain comme ne faisant qu'une seule et même société.

Nous avons ainsi établi le principe de la personnalité des lois, la règle que tout individu, en quelque endroit qu'il habite, doit être régi par sa loi nationale, pourvu que cette loi ne porte pas atteinte à l'ordre public du pays où il réside. A l'aide de ce principe il nous sera facile

de résoudre les questions que soulèvent les conflits de loi en ce qui concerne la substance des obligations.

Nous abordons immédiatement l'étude de ces questions. Pour cela, nous rechercherons dans un premier chapitre quelle est la loi du contrat; dans un second, quelle est l'étendue normale d'application de cette loi du contrat; enfin un troisième chapitre sera consacré aux restrictions que doit recevoir la loi qui régit l'acte créateur de l'obligation.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA LOI QUI RÉGIT LES CONTRATS.

Un contrat est l'accord de deux ou plusieurs volontés pour créer une obligation; les obligations conventionnelles découlent donc directement de l'accord des parties contractantes, de leur volonté. Pour qu'un contrat existe juridiquement, pour qu'il produise des obligations, il faut qu'il réunisse certaines conditions que l'on appelle ses éléments essentiels, auxquels on donnait autrefois le nom de ***substantialia contractuum.*** Ces éléments essentiels sont quelquefois désignés par les auteurs, et notamment par Boullenois, sous le nom de formes intrinsèques et viscérales des contrats et obligations. Nous avons déjà répudié cette dénomination lorsque, dans notre introduction historique, nous avons analysé la doctrine de Boullenois. Cette expression : formes intrinsèques, a l'inconvénient de prêter à une confusion entre les formes extérieures et les éléments essentiels des contrats. Elle peut conduire à leur appliquer les mêmes règles.

Nous devons rechercher par quelle loi sont régis les éléments essentiels des conventions. Les contrats ayant pour fondement la volonté des parties, il faut donner plein et entier effet à cette volonté lorsqu'elle est exprimée. C'est ce qu'a décidé l'article 1134 : « Les conventions librement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. » Mais, afin de faciliter aux parties contractantes la conclusion de leurs conventions, le législateur a édicté certaines règles sur les obligations conventionnelles. Les parties contractantes peuvent se référer à ces règles et rédiger leurs conventions en quelques mots. Elles n'ont pas besoin de prévoir toutes les difficultés auxquelles ces conventions pourront donner lieu.

La loi offre aux particuliers certaines règles sur la nature, la formation, les effets des obligations. Les parties peuvent y déroger, mais lorsqu'elles veulent s'y soumettre, elles n'ont pas besoin de les stipuler. Le législateur l'a fait pour eux. Quand des Français contractent en France, ils se réfèrent tacitement aux règles formulées par le Code civil. Quand des Français contractent à l'étranger, ils peuvent certainement se référer aux règles de notre Code civil, mais peuvent-ils aussi stipuler que leurs conventions seront régies par la loi étrangère? Oui, sans aucun doute, car le principe en cette matière est l'autonomie des parties contractantes, c'est-à-dire la faculté pour elles de soumettre leurs conventions à telle loi que bon leur semble. Elles sont entièrement libres dans le règlement de leurs intérêts, de leurs conventions. Les parties contractantes auraient pu stipuler une à une dans leur contrat toutes les règles édictées par la loi étrangère; elles peuvent aussi se référer purement et sim-

plement à cette loi, et en définitive, on peut dire que cette loi étrangère ne s'applique pas aux obligations conventionnelles à titre de loi, mais bien plutôt comme convention. Toutefois, cette liberté des parties de soumettre leurs conventions à des lois étrangères, ne va pas jusqu'à leur permettre de porter atteinte à l'ordre public. C'est aussi, pour n'en citer qu'un exemple, que le Code civil ayant défendu par trois articles formels tous pactes sur succession future, des Français ne pourraient pas, même à l'étranger, faire des conventions sur une succession non encore ouverte, en stipulant expressément que leur contrat sera soumis à la loi étrangère, qui par hypothèse, n'édicte pas la prohibition de nos articles 791, 1130 et 1600 du Code civil. Ces textes fondés sur l'ordre public font partie du droit national de tous les Français. Leur prohibition s'impose à eux; ils ne peuvent pas s'en affranchir en allant faire un contrat à l'étranger. De même, l'article 1780 du Code civil décide qu'on ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée. D'après certaines législations, au contraire, on peut engager ses services à vie. Telles sont les lois allemandes et danoises. Deux Français, même contractant en Allemagne, ne peuvent pas prendre un engagement contraire à l'article 1780, à cette disposition d'ordre public de leur loi nationale.

En principe donc, et sauf les cas où l'ordre public est intéressé, la volonté des parties exprimée dans la convention est souveraine. Le contrat est soumis à la loi étrangère qu'ont choisie les contractants. Cela est admis par tout le monde. Mais les parties n'ont pas toujours indiqué par quelle loi devaient être régies leurs conventions. La plupart du temps même elles ont gardé le

silence sur ce point. Quelle est alors dans cette hypothèse la loi qui devra régir leurs obligations conventionnelles? On doit suivre encore ici l'intention des parties, mais comme elles ne l'ont pas manifestée, il faut rechercher et présumer à quelle loi elles ont voulu se soumettre. C'est ici que la question devient délicate, et nous voyons reparaître à ce sujet la lutte entre les deux grands systèmes de la réalité et de la personnalité des lois.

Ce sont les partisans de la réalité des lois, et à leur tête, M. Fœlix, qui défendent la règle d'après laquelle les contrats doivent être régis par la loi en vigueur dans le lieu où la convention s'est formée. Les réalistes appliquent la *lex loci contractùs*, sauf à se diviser ensuite sur le point de savoir quelle est la *lex loci contractùs*, si c'est la loi du lieu où le contrat s'est formé, ou la loi du lieu où il doit recevoir son exécution, question subsidiaire, que nous étudierons bientôt.

Dans notre ancien droit déjà, la plupart des légistes statutaires (Burgundus et autres) soumettaient les contrats à la *lex loci contractus*; mais à cette époque, cette théorie fut vivement combattue par Boullenois et par Dumoulin dans ce qu'elle avait de trop général. Leurs adversaires fondaient leur solution sur la loi *si fundus* (l. VI, Dig., *De evictionibus*) et soutenaient d'après ce texte que les conventions devaient être régies par la *lex loci contractùs*. En outre, disaient-ils, il peut se faire que les diverses personnes qui contractent dans un même lieu ne soient pas soumises à la même loi personnelle, qu'elles aient des domiciles différents. Dans ce cas l'utilité du commerne et le bien de la justice exigent que l'on applique à ce contrat la loi du lieu où il a pris naissance.

Il ne faut pas trop s'étonner de voir tous les partisans de la réalité défendre cette règle. Il y a, en effet, un lien entre ces deux théories. La règle que toutes les lois sont réelles, que les lois personnelles ne sont qu'une exception, a son fondement dans la conception féodale de la souveraineté territoriale. Ne peut-on pas soutenir que la souveraineté, exigeant la soumission à la loi territoriale de toutes les personnes qui résident sur le territoire d'une nation et des biens qui y sont situés, exige aussi que les contrats formés dans un lieu soient régis par la loi en vigueur dans ce pays?

Aujourd'hui les auteurs qui appliquent la *lex loci contractùs* ont trouvé un argument nouveau dans l'article 1159 du Code civil, qui, d'après eux, vient arborer et confirmer la décision de la loi *si fundus*. Voici le texte de cet article : « Ce qui est ambigu s'interprète d'après ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé. » Merlin[1] en conclut que la règle *locus regit actum*, doit s'appliquer à tout contrat entre quelques personnes qu'il intervienne, entre Français et étrangers, ou même entre parties étrangères. Mais ce texte n'a point le sens qu'on veut lui prêter; l'article 1159 ne pose pas une règle de droit international privé. Le seul texte du Code civil qui ait trait au droit international, c'est l'article 3. Dans l'article 1159 le législateur n'a nullement en vue les conflits des lois.

Dumoulin refusait déjà d'appliquer aux contrats la *lex loci contractùs*, et Boullenois[2], après lui, repoussait

[1] Merlin, *Répertoire*, v° *Lois*, § VI, n° 2.

[2] Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, observ. XLVI, 2e vol., p. 457.

également cette règle. Dumoulin réfutait l'argument tiré de la loi *si fundus,* en disant que ce texte ne décidait qu'une espèce particulière renfermée dans certaines circonstances qui se trouvaient favorables à la loi du lieu du contrat, mais qu'il n'édictait pas une règle générale.

Ce n'est pas, disent les deux légistes, parce qu'un homme a contracté dans un lieu, souvent par pur hasard, qu'il a voulu soumettre son contrat aux règles prescrites par la loi de ce lieu. Les parties, en contractant, ne peuvent se soumettre qu'à une loi dont elles connaissent bien les dispositions; or, souvent les parties ignorent la loi du lieu où elles contractent, par exemple, pour les conventions qu'elles font en voyage. Il ne faut donc pas admettre, en principe, que les contrats sont régis par la *lex loci contractùs.* Nous avons établi qu'en cette matière des obligations conventionnelles la volonté des parties exprimée est souveraine, le contrat est soumis à la loi qu'elles ont choisie; à défaut de stipulation expresse, on doit se guider d'après la volonté présumée des parties, et soumettre le contrat à la loi à laquelle elles on dû se référer. Cette loi sera celle que les parties connaissent le mieux. Ce ne sera donc point, le plus souvent du moins, la *lex loci contractùs.* Ce sera, au contraire, leur loi personnelle, leur loi nationale.

Nous n'avons pas à réfuter l'argument qu'Huber[1] tire du principe de la souveraineté pour exiger l'application de la *lex loci contractùs;* il se trouve réfuté d'avance par tout ce que nous avons dit, lorsque dans notre introduction nous avons adopté comme fondement du droit

[1] Huber, *De conflictu legum*, n° 2.

international privé et comme base de nos solutions le principe de la personnalité des lois.

Nous déciderons donc, avec Dumoulin et avec le président Bouhier, que les contrats sont soumis à la loi personnelle des parties contractantes. Toutefois, il ne faudrait pas exagérer cette solution. En effet, nous avons vu que la grande règle en cette matière, c'est l'autonomie des parties contractantes. On suit la loi qu'elles ont choisie, mais quand elles ont gardé le silence, c'est alors seulement qu'il faut présumer leur volonté et qu'on applique leur loi personnelle. C'est à cette loi qu'elles ont dû se référer, comme étant celle qu'elles connaissaient le mieux (nous aurons bientôt à rechercher si cette loi personnelle est leur loi nationale ou la loi de leur domicile). Mais cette règle doit céder lorsque les clauses du contrat ou les circonstances dans lesquelles il est intervenu permettent de présumer une intention contraire chez les contractants. Notre règle ne s'applique donc qu'en thèse générale. Dans certains cas, nous devrons décider, conformément à l'intention présumée des parties, que le contrat ne doit pas être soumis à leur loi personnelle, mais à la loi du lieu où le contrat s'est formé. L'application de la loi personnelle est le principe, la *lex loci contractùs* ne doit s'appliquer qu'à titre exceptionnel. Tel est le résumé de notre doctrine en ce qui concerne la loi qui doit régir les contrats et les obligations conventionnelles. Nous allons étudier maintenant les applications de cette règle. Dans ce but, nous rechercherons d'abord quelle solution doit être donnée dans l'hypothèse où les parties contractantes ont la même nationalité; puis nous étudierons l'hypothèse inverse dans laquelle les parties sont de nationalité différente.

SECTION I.

Du contrat fait à l'étranger par des parties qui ont la même nationalité.

Il peut arriver que les parties contractent dans un lieu auquel elles n'appartiennent pas par leur nationalité. Peuvent-elles dans ce cas avoir l'intention de suivre des lois qu'elles ignorent?

Il y a une confusion évidente à appliquer la règle *locus regit actum* aux conditions de validité des conventions de même qu'aux formalités extrinsèques. En effet, les conventions dépendent de la volonté des parties contractantes; elles ne forment pas un statut, car le statut est l'œuvre du législateur, il s'impose aux particuliers qui ne peuvent y déroger.

Ce qu'il y a de personnel dans la loi des conventions, c'est qu'elle étend ses effets sur tous les biens, quelle que soit leur situation, de même que les statuts personnels suivent la personne partout et sur tous ses biens; mais il faut se garder d'en conclure que les conventions dépendent du statut personnel; car en elles, c'est la volonté qui domine, et la volonté n'a rien de commun avec l'état et la capacité des personnes.

Supposons que les parties n'aient manifesté aucune volonté, ni expresse, ni tacite, concernant la loi qui doit régir leurs conventions. Il faudra alors rechercher leur intention vraisemblable. Généralement les parties connaissent leurs lois nationales, parce qu'elles vivent sous

leur empire, tandis que les lois étrangères leur sont le plus souvent inconnues. La loi nationale reflète les mœurs, l'état social et économique, au milieu duquel on a grandi, on a été élevé. Il y a dans cette loi des dispositions que l'on connaît sans les avoir apprises, parce que l'on en voit chaque jour l'application. Cette loi s'imprime fortement dans l'intelligence. Aussi doit-on supposer qu'on s'y réfère toutes les fois qu'on contracte.

Si l'on recherche la volonté probable des parties, la nationalité aura donc une grande influence dans le débat. Il sera très logique d'admettre que les contractants qui ont la même nationalité, s'en rapportent à leur loi nationale pour régir leurs conventions, car ils connaissent cette loi et partant ils sont censés s'y soumettre.

L'opinion que nous soutenons est celle des jurisconsultes qui ont écrit sur la matière, de Fœlix, de Fiore, de M. Massé. Fœlix (pag. 243, 1er vol.), s'exprime ainsi : « Si deux citoyens d'un même pays contractent ensemble en pays étranger, on peut leur supposer l'intention de se reporter aux lois et usages de leur patrie ; en d'autres termes, les actes passés par eux à l'étranger, conformes quant à la substance, à la loi de la patrie commune, mais non à celle du lieu de leur rédaction, sont cependant valables partout, ou du moins, suivant Jean Voët, dans leur patrie. »

Telle est également la doctrine de Fiore (*Droit intern.*, pag. 400) : « Si le débiteur et le créancier sont citoyens de la même patrie, ou domiciliés dans le même pays, on doit avec plus de raison présumer qu'ils se sont référés à la loi de leur patrie ou de leur domicile, connue de tous deux, plutôt qu'à celle du lieu de la stipulation qui pourrait être ignorée d'eux. »

M. Massé (1er vol., pag. 501) abonde dans le même sens et dit qu'il est naturel que l'interprétation du contrat se fasse d'après la loi nationale des parties contractantes, plutôt que d'après une loi locale et particulière.

Les contrats sont donc soumis à la loi personnelle des parties qui contractent, lorsqu'elles ont la même nationalité.

Cette application du système de la personnalité des lois est assez généralement répandue, mais tous ceux qui l'adoptent ne la comprennent pas de la même façon. Tous décident qu'il faut se prononcer pour la loi personnelle des contractants, mais la division se manifeste lorsqu'il s'agit de savoir quelle est cette loi personnelle, si c'est celle du domicile des contractants, ou celle de leur nationalité.

Que décider en effet si les parties, appartenant à la même nation, sont domiciliées toutes deux hors de leur patrie et dans le même pays? Trois lois peuvent alors se trouver en concours : la loi nationale des parties, celle du lieu où elles ont leur domicile, celle du lieu où elles sont de passage. Cette dernière n'est pas applicable; mais à laquelle des autres faut-il donner la préférence?

Le système qui affirme que la loi personnelle est déterminée par le domicile, repose sur cette idée que c'est à la loi du lieu où l'on est domicilié, c'est-à-dire, où l'on vit habituellement, qu'on est censé se soumettre lorsqu'on fait un contrat. Ce n'est pas exact, car le contractant doit mieux connaître les prescriptions de sa loi nationale que celles de la loi de son domicile. Le fait de transférer son domicile d'un lieu dans un autre n'implique nullement l'intention de se soumettre à une loi nouvelle. Le citoyen qui a un domicile à l'étranger et qui, cependant, ne brise pas le lien qui le rattache à sa patrie, entend conserver les droits que sa loi nationale lui confère et se

soumettre aux obligations qu'elle lui impose; il continue d'adhérer aux idées et aux usages de la nation dont il est membre par naissance ou par son libre choix. Les divergences des législations au sujet de la validité intrinsèque des obligations, viennent de la variété des traditions et des croyances; il est juste que ceux qui les ont adoptées soient régis par les lois et les coutumes qui s'en inspirent. C'est donc à la loi nationale que nous accorderons la prépondérance, parce que pour les parties c'est la plus importante, celle du moins qu'elles doivent connaître le mieux. C'est l'opinion qu'adopte Hertius (*De collisione legum*, n° 10) : *Si inter duos celebratur, verbi gratia, pactum, et uterque paciscens est externus et unius civitatis civis, dubitandum non est actum a talibus secundum leges patriæ factum in patria valere.*

Mais il ne faut pas perdre de vue que l'intention des contractants est une question de fait, et il faut chercher quels sont les éléments constitutifs de ce fait. La nationalité est un des éléments, mais ce n'est pas le seul. Supposons, en effet, que des nationaux se soient établis depuis longtemps en pays étranger; ils y ont le siège de leurs affaires, ils y ont fixé leur domicile. Dans ces circonstances, le domicile jouera un grand rôle. Les contractants connaîtront mieux les lois étrangères que leurs lois nationales. Il est donc probable qu'ils auront en vue les lois du pays où ils sont domiciliés. Dans tous les cas, la présomption qu'ils connaissent mieux leur loi nationale que celle du pays où ils contractent, sera nécessairement affaiblie, et le juge pourra tenir compte de ces circonstances particulières pour appliquer la loi étrangère plutôt que la loi nationale des contractants.

De même , lorsqu'un étranger aura reçu du chef de

l'État, conformément à l'article 13 de notre Code civil, l'autorisation de fixer son domicile en France, on devra supposer que les contrats passés en France par cet étranger seront soumis à la loi française. Le fait de demander au chef de l'État l'autorisation de fixer son domicile en France, l'effet produit par cette autorisation et la participation qui en résulte pour l'étranger qui l'obtient, au droit civil des Français, permettent de supposer que cet étranger veut se soumettre à la loi française pour les actes juridiques qu'il accomplit en France. Cette dérogation à notre règle dérive comme elle de l'autonomie des parties contractantes, de l'interprétation de leur volonté.

Sauf ces cas exceptionnels, nous donnons prépondérance à la loi nationale sur la loi du domicile en matière de conventions. Comme nous l'avons dit précédemment, si la loi personnelle règle la convention, ce n'est pas parce que cette loi s'impose aux parties contractantes, c'est parce qu'on suppose qu'elles ont adopté le régime que les lois de leur patrie consacrent. Mais ce n'est là qu'une probabilité de fait: elles peuvent adopter une loi étrangère. Les parties qui procèdent à un acte juridique sans prendre le soin d'en régler les conditions et les effets, ont la liberté de se référer à cet égard à telle loi que bon leur semble. Les Anglais peuvent se soumettre en France à la loi française, et des Français peuvent se soumettre en Angleterre à la loi anglaise. Il faut écarter en cette matière les distinctions entre les statuts personnels et les statuts réels car les statuts sont des lois, tandis que dans leurs conventions, les contractants jouissent de l'autonomie la plus complète.

SECTION II.

Du contrat fait à l'étranger par des parties de nationalité différente.

Lorsque les parties sont de nationalité différente, il n'est plus possible d'appliquer comme principe la règle que le contrat est soumis à la loi personnelle des parties, puisqu'elles n'ont pas la même loi. Chacune voudrait faire appliquer au contrat sa loi personnelle et non la loi de l'autre partie. Ce serait une source de contestations et de procès; il n'y a aucune raison pour suivre la loi d'une des parties plutôt que la loi de l'autre. Il faut rechercher quelle a été leur intention, a quelle loi elles ont dû se référer en contractant. Quelle est la plus rationnelle des présomptions? C'est que les parties s'en sont référées à la *lex loci contractùs*. En effet, si les parties avaient prévu que le contrat pourrait donner lieu à un procès, elles auraient certainement cherché à rendre leur contrat conforme à une loi qui leur est commune à un titre quelconque au moment du contrat. Or, la loi du lieu où elles traitent est à leur portée. Donc en l'absence de toute indication de leur part, la présomption la plus naturelle, c'est que les parties ont cru leur contrat conforme à cette loi.

Ce système toutefois n'est pas admis par tout le monde. Des auteurs soutiennent qu'il faut appliquer encore ici le principe de la personnalité des lois, et dire que même lorsque les parties n'ont pas la même nationalité, leur contrat doit être régi par la loi personnelle de l'un des

contractants. C'est la théorie de M. Demante (*Cours de Code civil,* I, p. 50 et 51). Il décide que lorsque les contractants sont de pays différents, c'est par le statut personnel du débiteur que doivent se régler la perfection et la validité de l'obligation. Son principe est donc qu'un contrat synallagmatique intervenu entre personnes de nationalité différente est soumis à la loi personnelle du débiteur. Voici en quels termes il justifie sa thèse et quels tempéraments il apporte à son principe général : « en effet, dit-il, c'est l'obligation passive qui modifie vraiment l'état de la personne en restreignant la liberté naturelle ; c'est donc la loi de l'obligé qui doit régir cette modification. Toutefois, si la loi du créancier stipulant créait une incapacité d'obliger les autres, comme notre ancien droit l'établissait contre la femme mariée contractant sans autorisation, ce statut personnel pourrait toujours être invoqué contre celui qui le régit. Notre règle amène à dire qu'un contrat synallagmatique entre parties de pays différent recevrait l'application de deux statuts personnels, en ce sens que chaque partie ne serait obligée qu'autant que les conditions prescrites par la loi de son pays seraient observées. »

La conséquence naturelle serait, en cas d'inobservation du statut personnel de l'un des contractants, de rendre le contrat boiteux en laissant sa force obligatoire à la discrétion de la partie protégée par le statut qui le vicie.

Mais une telle conséquence serait inique. M. Demante l'a compris aussi ; voulant rétablir l'égalité entre les parties contractantes et ne pas laisser le contrat à la merci de l'une d'elles, il décide que le contrat ne sera dans ce cas obligatoire ni pour l'une ni pour l'autre des parties. Pour qu'un contrat synallagmatique soit valable entre parties

de pays différents, soumises à différents statuts personnels, il faudra que les conditions prescrites par les statuts des deux contractants aient été observées.

Nous ne saurions admettre un pareil système ni décider que les contrats synallagmatiques doivent être régis par la loi de l'obligé, parce que les deux parties doivent avoir une situation égale. Il ne faut pas que la loi se montre plus favorable à l'égard de l'une qu'à l'égard de l'autre. Ce système d'ailleurs aboutit à des contradictions et à des complications, au point que M. Demante hésite sur le parti à prendre; lorsque le contrat ne satisfait qu'aux conditions prescrites par la loi d'une des parties sans être conforme aux règles de la loi de l'autre contractant, il ne sait s'il doit alors valider ou annuler le contrat pour le tout. Il se décide pour ce dernier parti. Mais il a le tort d'obliger ainsi la partie qui a obéi aux prescriptions de sa loi personnelle à connaître et à remplir les conditions exigées par la loi personnelle de son cocontractant.

Si nous avons admis en principe que les contrats sont régis par la loi personnelle des parties, cela n'est vrai qu'autant que leur intention, leur volonté n'est pas manifestement contraire. Elles ont le droit de soumettre leurs conventions à la loi qu'elles préfèrent; quand elles n'ont pas déclaré à quelle loi elles se réfèrent, il faut alors rechercher quelle a été leur intention. Quand elles sont de même nationalité, elles ont dû nécessairement songer en contractant à leur loi nationale : c'est cette loi qui régit leur contrat. Mais quand leur nationalité n'est pas identique, il ne faut pas dire avec M. Demante que chacune s'est référée à sa loi nationale et que le contrat est soumis à ces deux lois. Le contrat doit être régi par une seule loi. Décider que deux lois différentes peuvent régler

sa formation et ses effets, c'est reculer la difficulté, car il faudra se demander ensuite, lorsque ces deux lois n'exigent pas les mêmes conditions d'existence, à laquelle on devra donner la préférence.

Nous sommes ainsi conduits à rechercher dans d'autres circonstances quelle a été l'intention des parties contractantes, à quelle loi elles ont entendu se référer, et nous décidons alors que c'est à la loi qui leur est commune, à la loi du lieu où elles contractent. Si nous prescrivons l'application de la *lex loci contractùs*, ce n'est pas en vertu de cette règle surannée que la loi doit régir tous les actes qui se forment sur le territoire soumis à son empire, comme elle régit les biens qui y sont situés; nous avons démontré suffisamment la fausseté de cette règle. Le motif de notre décision, c'est l'autonomie des contractants; le contrat est soumis à la *lex locis contractùs*, parce que c'est à cette loi qu'ont dû se référer les parties pour les règles de la perfection et pour les effets de leur convention.

Les auteurs qui admettent en principe la *lex loci contractùs* quand les parties sont de nationalité différente, en rejettent cependant l'application lorsque ces parties ont le même domicile. Notons d'abord que cette hypothèse doit être rare. Il faut supposer, par exemple, qu'un Anglais et un Français domiciliés en Italie vont faire un contrat en Russie. Dans ce cas les auteurs décident que leur contrat sera régi par la loi italienne et non par la loi russe. Nous ne croyons pas devoir admettre cette décision, et nous pensons qu'ici encore il faut appliquer la *lex loci contractùs*. En effet, il s'agit d'interpréter la volonté des parties et de rechercher si elles se sont référées à la loi du lieu où elles contractent, ou à la loi du

lieu où elles sont domiciliées; c'est une question d'autonomie. Elles ne suivent pas leur loi nationale, mais deux lois leur sont communes : celle de leur domicile, celle du lieu du contrat. A laquelle ont-elles pensé en contractant? Nous croyons que c'est à la *lex loci contractùs*, c'est-à-dire à la loi du pays où elles se trouvent. La première loi à laquelle on pense, c'est à la loi nationale, à celle qui règle les actes de notre vie dès le jour de notre naissance, mais lorsqu'elle est inapplicable, il est naturel de penser qu'on s'est référé à la loi du lieu où l'on accomplit l'acte juridique. Remarquons d'ailleurs que ce domicile n'est pas nécessairement un domicile légal, c'est une simple résidence plus ou moins habituelle, tout endroit où l'on a quelque établissement important.

L'industriel qui a des usines dans plusieurs pays ne pense pas nécessairement, lorsqu'il contracte avec un individu domicilié dans un de ces pays, mais qui a une autre nationalité, à la loi en vigueur en cet endroit. Les deux contractants se réfèrent bien plutôt à la loi du pays où ils contractent. Nous admettons donc dans ce cas l'application de la *lex loci contractùs*.

C'est une question controversée que de savoir s'il faut étendre aux contrats unilatéraux la règle *locus regit actum,* quand ils se forment entre personnes qui n'ont pas la même nationalité. A la différence des dispositions unilatérales, les contrats unilatéraux exigent le concours de deux volontés, comme les contrats synallagmatiques. Cela est démontré par les définitions des articles 1101 et 1103 et par la règle de l'article 1134, qui s'applique à tous les contrats unilatéraux ou synallagmatiques et qui exige, pour que la convention soit légalement formée, le concours des deux volontés. Ce sont les parties qui,

par leur volonté expresse ou tacite, déterminent la loi qui doit régir le contrat. Dans leur silence, on doit se guider d'après leur intention probable et commune. On doit donc appliquer en principe aux contrats unilatéraux les règles des contrats synallagmatiques et décider que, lorsque les parties seront de nationalité différente, elles seront soumises à la *lex loci contractùs*. Cette opinion n'est cependant pas partagée par Fœlix (*Droit intern. privé :* 1er vol., p. 159 et p. 230, note *b*). Cet auteur soutient que dans les contrats unilatéraux, il faut suivre la loi personnelle du débiteur. Lorsque, par exemple, un contrat de donation intervient entre personnes qui n'ont pas la même loi nationale, on suit la loi du donateur. De même pour le contrat de prêt, on suit la loi du débiteur, c'est-à-dire de l'emprunteur. M. Demangeat, au contraire, soutient que les contrats unilatéraux sont dans notre hypothèse, régis par la *lex loci contractùs*.

La théorie de Fœlix sur les contrats unilatéraux, repose cependant sur une idée vraie, mais qui n'exige pas une conséquence aussi importante que celle qu'il en tire; elle repose sur une distinction entre les contrats synallagmatiques et les contrats unilatéraux, à titre gratuit surtout. Dans les contrats synallagmatiques, si le législateur, en recherchant à quelle loi les parties se sont référées, doit prendre en considération la volonté des deux parties, c'est que dans ces contrats chacune d'elles s'oblige à accomplir une prestation qui est considérée comme l'équivalent de ce que l'autre s'engage à lui donner ou à faire pour elle. La situation n'est pas la même dans les contrats unilatéraux, surtout dans ceux qui sont à titre gratuit. Il est alors logique de tenir compte surtout, et même uniquement, de la volonté de celui qui s'oblige seul, de

celui qui rend un service gratuit. C'est ainsi que la donation doit être régie par la loi personnelle du donateur. De même dans les contrats de mandat, de dépôt et de cautionnement, on ne suit pas la *lex loci contractùs;* le contrat doit être soumis à la loi personnelle de celui qui a joué le rôle prépondérant, c'est-à-dire du donateur, du mandant, du déposant.

Mais, dans les contrats unilatéraux intéressés, la raison de décider ainsi n'existe plus; ici aucune des parties ne rend un service gratuit à l'autre; aucune n'impose à l'autre sa volonté. Les deux parties discutent les clauses du contrat, aucune n'en est maîtresse. C'est donc la volonté des deux parties contractantes qui doit fixer à quelle loi le contrat sera soumis. Le législateur, dans le silence du contrat, ne doit pas s'attacher uniquement à la volonté du débiteur; il doit prendre en considération l'intention des deux contractants.

Le contrat ne doit donc pas être régi par la loi personnelle du débiteur, quand il n'a pas la même nationalité que le créancier. Le contrat unilatéral est alors soumis comme le contrat synallagmatique à la *lex loci contractùs.*

Notre principe est donc que lorsqu'un contrat quelconque intervient entre personnes de nationalité différente, il est régi par la *lex loci contractùs.* Mais cette règle fondée sur l'interprétation de la volonté des parties souffre des exceptions commandées, elles aussi, par l'intention des contractants, ainsi notamment en ce qui concerne les actes unilatéraux à titre gratuit. Notre règle toutefois soulève des difficultés spéciales quand le contrat se forme entre absents.

Nous allons donc rechercher d'abord quelle est cette

lex loci contractùs dans le cas où le contrat se forme entre les parties présentes, et nous nous poserons ensuite la même question quand le contrat a lieu entre absents.

§ 1.

Quelle est la lex loci contractùs, *quand le contrat se forme entre parties présentes.*

Le lieu du contrat, c'est le lieu où le contrat s'est formé, où il est né à la vie juridique. Or, en principe, les contrats se forment par l'accord des volontés; lorsque les consentements des deux parties se sont réunis, le contrat existe légalement, et il n'est pas nécessaire à sa validité qu'il soit rédigé par écrit pour être valable.

Lors donc qu'un contrat aura été formé en Allemagne par un Italien et un Anglais qui s'y sont rencontrés et y ont échangé leurs volontés, c'est la loi allemande qui régira cette convention, bien que plus tard l'acte instrumentaire ait été dressé en France.

La loi française ne règlera ni la nature, ni les effets de ce contrat, car il a pris naissance, et il s'est formé en Allemagne. L'écrit n'est pas une condition de validité du contrat; il ne sert qu'à en faciliter la preuve; il ne sert que *ad probationem* et non *ad validitatem*.

Toutefois, ce n'est là que l'expression de la règle générale. En effet, il se peut d'abord que les parties aient expressément subordonné la validité de l'acte à la rédaction d'un écrit; dans ce cas, la volonté fait la loi (art. 1134); le contrat n'est parfait que lorsque l'écrit a été dressé; c'est donc au lieu où a été passé l'acte instru-

mentaire que se formera le contrat. Dans l'espèce que nous avons prise tout à l'heure, ce sera la loi française qui régira le contrat lorsque les parties ont déclaré qu'il ne serait parfait que par la rédaction d'un écrit. Il faut donner la même solution lorsque l'acte instrumentaire est exigé par la loi comme une condition de validité du contrat. Ainsi en est-il en France de la donation entre-vifs. Le contrat n'est formé, il n'a d'existence alors au point de vue de la loi qu'après la rédaction de l'*instrumentum.*

Mais il y a des hypothèses dans lesquelles il est difficile de savoir quand et dans quel lieu le contrat a reçu l'existence légale. Ainsi, il y a des contrats qui ne deviennent valables que par l'homologation du tribunal; telle est par exemple la transaction consentie par le tuteur au nom de son pupille (art. 467), tels sont encore les emprunts qu'il contracte, les constitutions d'hypothèque et les aliénations immobilières qu'il consent au nom du mineur (art. 458). Quelle loi doit régir ces actes lorsqu'ils sont passés à l'étranger par un tuteur français? Faut-il appliquer la loi du lieu où le tuteur a fait le contrat avec le tiers étranger, ou la loi française en raison de l'homologation du contrat par le tribunal français? Fœlix (n° 106, 1er vol.) soutient qu'il faut suivre la loi du lieu où se réalise l'homologation, car le contrat n'est valablement formé que lorsqu'il a été homologué. Le tribunal français en homologuant le contrat se l'est approprié, le tuteur n'a fait qu'en préparer la conclusion.

Nous ne saurions admettre une telle opinion. Le contrat s'est réellement formé au lieu où ont été échangés les consentements, où les clauses et les conditions ont été débattues; c'est le tuteur qui a fait le contrat, qui a tran-

sigé ou emprunté, après avoir obtenu l'autorisation du conseil de famille. Ce n'est pas le tribunal qui contracte, il ne fait qu'approuver ou désapprouver la convention réalisée par le tuteur; il n'intervient que pour protéger le mineur, mais il ne participe pas réellement à la confection de l'acte, qui émane de la volonté du tiers et du tuteur. L'homologation du tribunal ne doit pas être confondue avec les formes solennelles que la loi exige pour la validité de certains actes, comme la donation entre-vifs, et sans lesquelles ces contrats n'existent pas. Le contrat passé par le tuteur, la transaction par exemple, existe dès qu'elle a été convenue entre le tuteur et le tiers, le contrat se forme à l'endroit où s'est réalisé l'accord de leurs volontés; l'homologation est étrangère à la volonté des parties contractantes. Ces contrats ne sont donc pas soumis à la loi du lieu de l'homologation.

Une difficulté plus grave se présente lorsque la convention doit produire ses effets dans un lieu autre que celui où elle s'est formée, lorsque le paiement ou la délivrance ne doivent pas être effectués à l'endroit où est né le contrat. Quelle est la loi qui, dans cette hypothèse, doit régir le contrat?

Story[1] et les jurisconsultes anglo-américains soutiennent que dans ce cas, l'obligation est régie par la loi du lieu où elle doit être réalisée, où le contrat recevra son exécution. Ils invoquent d'abord en ce sens deux textes du droit romain : la loi 21, *D. de oblig. et act.* (XLIV 7) : *Contraxisse unus quisque in eo loco intelligitur, in quo ut solveret, se obligavit,* » et aussi sur les lois 1, 2 et 3, *Dig. de rebus auc. jud.* (XLII, 5), « *Venire bona ubi*

[1] Story, *Conflict of laws*, p. 325, § 280, 7e édition.

oportet, ubi quisque defendi debet (id est); ubi domicilium habet; at ubi quisque contraxerit. Contractum autem non utique eo loco intelligitur, quo negotium gestum sit; sed quo solvenda est pecunia. » De ces textes, il résulte, dit-on, que le siège même de l'obligation se trouve au lieu où elle doit être exécutée, et que la loi applicable à l'obligation elle-même, non-seulement en ce qui concerne son exécution, mais même en ce qui touche ses conditions de validité et sa naissance, est la loi du lieu où elle doit être exécutée.

Ce système n'est pas universellement adopté et nous croyons ne pas devoir nous y rallier; il a d'abord l'inconvénient de ne pas donner le sens exact des textes romains sur lesquels il s'appuie; ces textes n'ont pas la portée qu'on veut leur attribuer; ils n'ont trait qu'à une question de juridiction de compétence. D'après Wächter[1] et un grand nombre d'interprètes, ces deux fragments du Digeste ont pour but d'expliquer une règle romaine, aux termes de laquelle le juge du lieu où un contrat a été passé est compétent pour connaître des actions auxquelles le contrat donne lieu; et alors ces deux lois décrètent qu'au point de vue de la juridiction, le lieu de l'exécution de l'obligation doit être considéré comme étant le lieu du contrat. Il ne faut donc pas étendre à la substance même du contrat une règle édictée uniquement en vue de la procédure, de la compétence. Il est naturel de décider que le lieu du paiement détermine la compétence du tribunal. Lorsqu'en effet une partie s'est obligée à payer dans un lieu déterminé, c'est dans ce lieu qu'elle a consenti à être poursuivie au cas où elle ne paierait pas. Si

[1] M. Wächter, *Archiv. für civilische praxis*, t. XXV, p. 43-46.

le lieu du paiement détermine le tribunal compétent, il ne faut pas en conclure qu'il fixe en même temps la loi du contrat, car cette loi, ne doit être déterminée que par la volonté expresse ou tacite des parties contractantes.

M. Fiore (nos 240 à 246) soutient un système intermédiaire. D'après le savant professeur de l'Université de Pise, l'obligation étant un *lien juridique* entre deux ou plusieurs personnes déterminées, en vertu duquel l'une peut contraindre l'autre à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose, il en résulte que l'obligation s'analyse en deux éléments parfaitement distincts : 1° le lien de droit, le *vinculum juris,* qui oblige le débiteur envers le créancier et lui impose une prestation au profit de celui-ci; 2° la prestation à accomplir par le débiteur, ce que le créancier peut exiger en vertu du lien de droit. Il faut ainsi distinguer dans l'obligation le *vinculum juris* et l'*onus obligationis.*

Dans les obligations conventionnelles, le *vinculum juris* est l'œuvre des parties; il est créé par l'accord de leurs volontés; il doit donc être régi, d'après les règles que nous avons posées, par la loi personnelle des parties contractantes lorsqu'elles ont la même nationalité, et, dans l'hypothèse inverse, par la loi du lieu où le contrat s'est formé, où les parties ont échangé leurs consentements.

L'*onus conventionis,* au contraire, est distinct du *vinculum juris;* il doit être régi par la loi du lieu où il doit recevoir son exécution; c'est par la loi du lieu où une obligation doit être remplie que doit être réglé son mode d'accomplissement.

Pour mieux préciser la décision de M. Pasquale Fiore, c'est la loi du lieu où l'obligation doit recevoir son exé-

cution qui décidera la mesure à employer pour déterminer la quantité vendue, ainsi que la valeur des pièces de monnaie stipulées comme prix. Lorsque, par exemple, dans une vente intervenue entre deux parties de nationalité différente, le prix aura été fixé en florins, il se peut que le florin n'ait pas la même valeur dans le lieu où le contrat s'est formé et dans le lieu où il doit recevoir son exécution; M. Fiore décide qu'il faut suivre, dans ce cas, la *lex loci executionis*.

Cette opinion était déjà défendue, dans notre ancien droit, par Paul Voët (*De stat.*, sec. 9, c. 2, § 12, 15), par Burgundus (*Tract.*, 4, n° 10); elle a été adoptée aussi par un grand nombre d'auteurs modernes, par Story (*Conflict of laws*, § 280), par Savigny, *Traité de droit romain*, t. VIII, p. 234).

Nous ne croyons pas, néanmoins, devoir admettre cette opinion, quelle que soit l'autorité des jurisconsultes qui l'ont professée. Nous croyons que l'obligation est une de sa nature, qu'elle est indivisible; on ne peut pas distinguer le lien de droit qui oblige à accomplir une prestation, et la nécessité d'accomplir cette prestation. Lorsqu'un contrat a donné naissance à une obligation conventionnelle, cette obligation est entièrement formée, elle est régie par la loi du contrat; on ne peut pas la scinder et décider qu'elle sera régie par plusieurs lois différentes. Le principe est donc que l'obligation est soumise à la loi du contrat, c'est-à-dire à la loi personnelle des parties qui ont la même nationalité, et à la loi du lieu où le contrat s'est formé lorsque les parties n'appartiennent pas à la même nation; c'est cette loi qui doit régir toute obligation. Il nous reste à faire quelques applications de ce principe.

Il a été jugé par un arrêt célèbre (Cass., Ch. civ., 23 février 1864, S. 64. 1. 385) que lorsqu'un contrat de transport est conclu entre parties qui n'appartiennent pas à la même nation, la loi du contrat n'est pas la loi du lieu de la destination des objets remis à l'entrepreneur de transport, mais bien celle du lieu ou s'est formé le contrat. Voici l'espèce bien connue sur laquelle a statué cet arrêt : un chirurgien de la marine française étant à Hong-Kong qui est une possession anglaise depuis le traité de Nankin (1842), traita avec la Compagnie péninsulaire et orientale, dont le siège social est à Londres, pour le transport de ses bagages à Marseille. Au dos de son bulletin de passage se trouvaient, écrites en anglais, les conditions que la Compagnie prétend imposer à ses passagers. L'article 4 de ces conditions stipule que la Compagnie ne répond pas des bagages des passagers, et l'article 3 qu'ils peuvent les faire assurer à des prix modérés. Le navire fit naufrage dans la mer Rouge par la faute du capitaine. Le médecin français soutint que la Compagnie était responsable de la perte de ses bagages, puisqu'elle était le résultat de la faute de l'un de ses agents; il prétendit en outre, que cette clause inscrite sur son bulletin de passage ne pouvait pas l'obliger, qu'elle était contraire aux principes de droit, ne permettant à personne de se soustraire aux conséquences de sa faute, que l'irresponsabilité absolue ne pouvait pas résulter d'une mention inscrite au dos d'un bulletin de bagage; que le contrat devant recevoir son exécution en France, puisque les bagages devaient être transportés à Marseille, c'était la loi française qui devait lui être appliquée. Or, notre jurisprudence décide que le voiturier est responsable de la perte des marchandises qu'il trans-

porte, ou des bagages qui accompagnent les voyageurs, nonobstant toute clause contraire résultant du bulletin de chargement. Notons que cette décision était déjà donnée par les jurisconsultes romains, qui déclaraient nulle la clause affichée dans les navires par laquelle les capitaines déclaraient ne pas être responsables de la perte ou des avaries subies par les bagages des passagers (loi 7 pr. *Nautæ, caupones*, IV, 9).

Néanmoins la demande du chirurgien de la marine anglaise fut rejetée et avec raison; en effet, la loi anglaise valide cette clause que prohibent le droit romain et le droit français, et c'est la législation anglaise qui doit être appliquée à ce contrat de transport, puisqu'il s'est formé dans une possession anglaise. Toutefois ce n'était pas là la seule difficulté soulevée par ce procès. La question la plus difficile était de savoir si cette clause que l'on considère généralement en France comme contraire aux règles de la morale et partant à l'ordre public, pouvait être sanctionnée par les tribunaux français. Ce n'est pas ici le lieu de discuter cette question; son examen rentre dans le chapitre où nous traiterons des cas exceptionnels dans lesquels la loi de l'acte ne doit pas être appliquée en France. Nous ne croyons pas que cette clause soit contraire à la morale, car s'il n'est pas licite en général à une personne de stipuler qu'elle ne répondra pas de sa faute, pourquoi ne serait-il pas permis, dans l'intérêt du commerce, à une compagnie de transport d'abaisser ses tarifs, en s'exonérant de la responsabilité en cas de perte ou d'avarie des objets transportés. Si une pareille décision se trouvait consacrée par la loi française, l'ordre public établi ne serait nullement en péril.

§ 2.

Quelle est la lex loci contractùs, *lorsque le contrat ne se forme pas entre parties présentes, mais par correspondance ou par mandataire.*

Le principe de l'article 1101 que le contrat est une convention, c'est-à-dire qu'il se forme par le concours des volontés, est certain. Le contrat se forme donc au lieu où s'est produit ce concours. Mais la difficulté est de savoir quand et où ces volontés ont concours.

En cette matière, nous devons étudier successivement deux questions délicates; celles de savoir quand se forme le contrat lorsqu'il a lieu entre absents, soit par correspondance, soit par mandataire.

A. — *Contrat par correspondance.*

Quel est le lieu où se forme le contrat par correspondance et à quel moment est-il parfait?

Le contrat exige deux éléments bien distincts, une offre et une acceptation. L'offre ne suffit pas à elle seule pour former le contrat, pour obliger celui auquel elle a été adressée; elle n'est, en effet, qu'une manifestation unilatérale de volonté. Pour que la convention soit parfaite, il faut que l'offre ait été acceptée. Jusque-là, celui duquel l'offre émane peut la retirer, mais du moment où elle a été suivie d'une acceptation, elle devient irrévocable, il y a eu concours de volontés; un contrat est né, il ne peut être anéanti que par l'accord des mêmes volontés. La difficulté consiste à savoir à quel moment existe l'ac-

ceptation, à quel instant elle est définitive. Certes, l'acceptation n'est pas définitive lorsque celui qui a reçu la lettre d'offre, l'accepte après l'avoir lue. Cette acceptation mentale n'a aucune existence juridique. On peut la rétracter, *Propositum in mente retentum nihil operatur.* Il en est de même lorsque la volonté d'accepter ne s'est manifestée que par des actes imparfaits d'exécution; ainsi lorsque celui qui a reçu l'offre a écrit une lettre pour l'accepter, tant que la lettre se trouve en son pouvoir, il reste maître de l'anéantir, de la brûler, de la déchirer et de rétracter aussi son acceptation. Mais supposons que l'acceptant se soit complètement dessaisi de la lettre qui contient son acceptation, qu'il l'ait mise à la poste, qu'il ne soit plus maître de la reprendre. Dans cette hypothèse, le contrat est-il formé au moment où la lettre a été mise à la poste et dans ce lieu, ou bien faut-il exiger pour la perfection de la convention que l'acceptation soit connue de celui qui a fait l'offre, que la lettre d'acceptation lui ait été remise, et que par suite le contrat ne se forme qu'à l'endroit où se trouve l'auteur de l'offre. Nous n'étudierons pas tous les systèmes qui ont été soutenus sur cette question; les jurisconsultes Allemands en ont proposé trois spéciaux, mais il nous paraît suffisant d'exposer les deux grands systèmes qui sont en présence et de choisir entre eux.

Le lieu du contrat est-il celui où s'est produite l'acceptation, ou celui où elle a été connue de l'auteur de l'offre? Telles sont les deux opinions entre lesquelles se trouvent divisés les auteurs. Cette question n'est pas discutée, seulement en droit international au point de vue de la détermination du lieu où se forme le contrat et de la loi qui doit le régir, lorsqu'il a lieu par correspon-

dance; elle se pose aussi en droit civil au point de vue de savoir à quel moment la convention existe, jusqu'à quand le pollicitant peut retirer son offre, à quelle époque il faut exiger la capacité des parties contractantes.

Dans un premier système qui compte parmi ses défenseurs MM. Fœlix [1], Aubry et Rau [2], on affirme que le contrat est parfait au moment où la lettre d'acceptation est mise à la poste. C'est donc par la loi de celui qui accepte que le contrat doit être régi. Supposons que par correspondance un négociant de Paris offre des marchandises à un négociant de Londres à un certain prix; le marchand anglais accepte. C'est à Londres que le contrat s'est formé, il doit être soumis à la loi anglaise. Voici sur quels arguments s'appuie cette opinion :

Le contrat étant une convention, aux termes de l'article 1101, se forme par le concours des deux volontés. Or, ce concours s'est réalisé au moment où l'offre a été acceptée. C'est donc à ce moment que le contrat a été formé; il est né à l'endroit où s'est produite l'acceptation.

Aucun texte ne vient affaiblir la portée de cet argument. On ne peut pas lui opposer l'article 932, qui exige la notification de l'acceptation au donateur, quand elle a lieu par acte séparé. Ce texte est tout à fait spécial aux donations entre-vifs, et même ce n'est qu'à l'égard du donateur que l'acceptation n'aura d'effet que par une ratification. Envers toutes autres personnes, la donation est parfaite dès qu'elle est acceptée et avant même que l'acceptation ait été notifiée au donateur.

Casaregis, dans son *Traité de droit commercial,* soutient

[1] Fœlix, tome Ier, pag. 244.

[2] Zachariæ, *Droit civil*, § 343; Aubry et Rau, tome IV, pag. 294, 4e édition.

la même opinion. Il cite l'exemple d'un négociant de Gênes, qui écrit à son correspondant de Venise pour lui offrir des marchandises. Lorsque l'offre a été acceptée, cet auteur pense que le contrat doit être considéré comme s'étant formé à Venise, parce que c'est là que le consentement du vendeur et celui de l'acheteur se sont réunis. Tout se passe comme si le Génois était présent à Venise par l'intermédiaire de sa lettre, et que le contrat y fût formé entre présents. Il suppose, en un mot, que la lettre représente celui qui l'a écrite, que sa lettre étant à Venise, il est réputé y être lui-même : *Quia fingitur medio litterarum esse Venetiis præsens, ubique venditionem mercium cum Veneto concludere* (Casaregis, *Discursus legales de commercio,* dissertatio 179, n° 1).

On ajoute enfin un dernier argument : l'acceptation diffère profondément de l'offre, de la pollicitation. Aussi n'est-il nullement nécessaire que l'acceptation et l'offre produisent le même effet. Pour que le contrat se forme, il faut le concours de deux volontés. Si donc l'offre était retirée avant d'avoir été suivie d'une acceptation, le concours de volontés serait impossible. Il n'en est pas de même de l'acceptation. C'est elle qui forme le contrat, c'est par elle que concourent les volontés. C'est en cela qu'elle se distingue nettement de l'offre. Pour que le contrat soit formé par l'acceptation, il faut simplement qu'elle soit irrévocable, il n'est pas nécessaire qu'elle soit connue de celui qui a fait l'offre.

De nombreux auteurs soutiennent, au contraire, que le contrat n'est formé qu'au moment où l'acceptation est parvenue au pollicitant, que c'est au lieu de l'offre que naît le contrat. Ce système est défendu surtout par les auteurs qui ont écrit sur le droit international privé,

Rocco, Fiore, Laurent. Il l'est aussi par les civilistes, Merlin, Toullier, Troplong.

En effet, dit-on, l'acceptation est de la même nature que l'offre. Toutes deux sont des manifestations de volontés; elles doivent être soumises à des règles identiques. L'offre, cela est certain, n'engage celui de qui elle est émanée que lorsqu'elle est connue de la personne à qui elle est adressée. Il doit en être de même de l'acceptation; elle ne doit engager celui qui l'a faite que lorsqu'elle est connue du pollicitant. Qu'on ne dise pas que, au moyen d'une fiction, celui qui fait l'offre est censé être là où est sa lettre, et qu'alors, lorsque l'acceptation intervient, le contrat se forme entre présents. Cette fiction est singulière, elle n'est écrite dans aucun texte; une lettre ne peut pas faire que celui qui l'a écrite se trouve là où il n'est certainement pas. Une lettre ne peut pas remplacer le pollicitant, elle ne peut pas servir de mandataire, elle n'entend pas ce que dit le négociant auquel elle est adressée.

Le contrat ne se forme donc que lorsque l'acceptation est connue du pollicitant, et voici l'argument qui nous fait adopter cette solution que nous empruntons à M. Laurent (*Dr. intern.,* VII, pag. 536, n° 447). Lorsque le contrat se forme entre parties présentes, l'acceptant entend ce que lui propose le pollicitant; puis, lorsqu'il accepte, sa réponse est entendue par le pollicitant. Il y a là alors réellement concours des deux volontés, puisque chacune des deux parties connaît exactement ce que veut son cocontractant. C'est ainsi que les choses se passent dans le contrat *inter præsentes.* N'est-il pas naturel qu'elles se passent de la même manière lorsque les parties sont absentes? Pourquoi n'en serait-il pas ainsi

quand le contrat se forme par correspondance? Il n'y a aucune raison de distinguer entre ces deux hypothèses. Dans un cas comme dans l'autre, le contrat naît du consentement. Or, il n'y a qu'une manière de consentir. L'article 1101 exige le concours des deux volontés, mais pour qu'elles concourent, il faut que le pollicitant entende la réponse de l'acceptant. Dans notre hypothèse, il faut qu'il ait reçu la lettre qui contient cette acceptation.

On objecte, dans l'autre système, qu'il y a concours de volontés et que partant le contrat est formé dès que l'acceptation a été réalisée d'une manière irrévocable; à ce moment le pollicitant et l'acceptant ne pouvant plus changer de volonté, le contrat est formé, il y a concours de volontés. Il n'en est rien, et c'est là que se trouve l'erreur. Lorsque l'acceptation est faite sans être connue du pollicitant, il y a *coexistence de volontés,* mais il n'y a pas *concours de volontés;* or, ce qu'exige l'article 1101 pour la formation du contrat, c'est le concours des volontés. Il n'y a pas concours, parce que chacune des parties ne sait pas ce que veut l'autre. Les volontés se sont réunies, mais n'ont pas concouru. Le concours, c'est l'échange mutuel des volontés. Pour qu'il y ait échange mutuel, il faut que chaque partie se soit dessaisie de son consentement et saisie du consentement de l'autre. Cela n'a lieu que lorsque l'acceptation est connue du pollicitant. Jusque-là l'acceptant peut se rétracter. Nous croyons donc que le contrat par correspondance n'est formé que lorsque l'acceptation est connue de celui qui a fait l'offre, et que la loi du contrat est la loi du lieu d'où l'offre est partie. C'est le système de la jurisprudence (Bourges, 19 janv. 1866; Dalloz, 1866. 2. 64).

Ajoutons toutefois, qu'en droit international, lorsque

nous recherchons quelle est la loi du lieu du contrat qui se fait par correspondance entre parties de nationalité différente, nous sommes amenés à décider que c'est la loi du lieu de l'offre par une autre considération, qui vient s'ajouter aux arguments ci-dessus exposés.

En matière d'obligations conventionnelles le principe essentiel, c'est l'autonomie des parties contractantes. La loi du contrat est celle à laquelle se sont référés les contractants. Lorsque leurs conventions sont muettes sur ce point, on doit rechercher quelle a été leur intention. C'est d'après l'intention des parties que l'on décide par quelle loi seront régies leurs obligations. Lorsqu'on ne peut pas supposer qu'elles s'en sont rapportées à leur loi personnelle, puisqu'elles n'ont pas la même nationalité, on décide que leur contrat est soumis à la loi du lieu où il s'est formé, parce que telle a dû être leur intention. Lorsqu'un contrat par correspondance se forme dans l'espèce que nous avons prise au début entre un Anglais et un Français, la loi du contrat doit être la loi française, parce que c'est de Paris que sont parties les offres et c'est à Paris que l'acceptation a été connue du pollicitant, ainsi que nous l'avons démontré, mais aussi et surtout par le motif suivant :

La loi à laquelle se sont référées les parties contractantes, est évidemment la loi française. En effet, lorsque le marchand de Paris propose une affaire à son correspondant de Londres, il lui indique dans sa lettre les conditions du marché. Il les détermine d'après sa loi nationale, d'après la loi française, et lorsque le négociant Anglais accepte le marché, il l'accepte tel qu'on le lui propose, et il se soumet pour ce contrat à l'application de la loi française. Cette solution a été consacrée

par un arrêt de la Cour provinciale de la Gueldre du 14 juillet 1871 (Laurent, t. VII; p. 539), voici l'espèce : L'offre avait été faite par un négociant de Zutphen à un marchand de Hongrie; dans sa lettre d'offre, le pollicitant avait réglé minutieusement toutes les conditions du contrat, et il demandait au Hongrois une acceptation pure et simple ou un refus. Dans cette hypothèse, le contrat devait être soumis à la loi hollandaise, car l'auteur de l'offre s'en était évidemment référé à sa loi nationale pour ce qui n'était pas expressément prévu dans ses propositions, et le Hongrois avait accepté cette loi en acceptant l'offre qui lui avait été faite.

Wächter (*Arch. für civilitische praxis*, t. XXV, p. 45) n'admet point l'exactitude de notre raisonnement, il prétend que si le pollicitant peut être présumé s'être soumis à sa loi nationale en faisant l'offre, il faut dire que de son côté l'acceptant ne connaissant que sa loi personnelle, a eu l'intention de se soumettre à cette loi et non à celle de l'offrant. Aussi Wächter tire-t-il cette conclusion qu'il faut scinder le contrat et que les obligations des parties seront soumises à leurs lois personnelles respectives.

Nous ne saurions admettre un pareil système. Il a le tort de diviser le consentement qui, de sa nature, est indivisible. Ainsi que le dit M. Laurent (t. VII, p. 540), « ce qui est une obligation pour l'acheteur est un droit pour le vendeur, et si les obligations de chacune des parties doivent être régies par sa loi, pourquoi n'en serait-il pas de même des droits des contractants? On arriverait ainsi à régler par des lois différentes le droit et l'obligation qui est corrélative, ce qui est une impossibilité juridique. » La division du contrat étant rejetée, il faut admettre qu'il doit être soumis à une loi unique,

et que cette loi doit être celle du lieu de l'offre, parce que c'est là que les volontés ont concouru, et parce que c'est à cette loi que s'est référé le pollicitant en fixant les conditions du contrat qui ont été acceptées par son correspondant.

B. — *Des contrats qui se forment par mandataires.*

Il importe avant tout de bien analyser le mandat et de distinguer nettement les deux contrats dont il se compose. Lorsque je donne mandat à une personne de m'acheter des marchandises, il y a d'abord la procuration que je donne à mon mandataire et que celui-ci accepte; ceci est le premier contrat; puis il y en a un second, celui que mon mandataire doit faire en mon nom, l'achat dont je l'ai chargé. Voyons successivement à quelle loi sont soumis le mandat lui-même et le contrat que doit faire le mandataire pour le compte du mandant.

1° Quelle est la loi qui régit le mandat?

Le mandat se forme le plus souvent entre absents, par correspondance. Aussi, bien que dans le système général des preuves, d'après le Code civil, les lettres missives ne soient pas un acte suffisant à constituer une preuve, l'article 1985 décide que le contrat de mandat se prouve par acte authentique ou par écrit sous-seing privé, ou même *par lettre*. Supposons donc que le mandat s'est formé par correspondance.

Quelle est alors la loi qui le régit?

Sur cette question, la plupart des anciens sont d'accord pour affirmer que c'est la *lex loci contractùs*, mais ils se divisent sur le point de savoir quelle est la *lex loci contractùs*, sur la détermination du lieu où se forme le mandat.

Les uns, comme Casaregis[1], Fiore[2] et M. Massé[3] soutiennent que c'est la loi du lieu où le mandat est accepté; en effet, cette solution résulte des articles 1984 et 1985 du Code civil. D'après l'article 1984, le mandat ne se forme que par l'acceptation du mandataire, et l'article 1985 déclare que l'acceptation du mandat peut n'être que tacite et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire. Ces deux textes démontrent que si, pour la perfection du mandat, l'acceptation du mandataire est nécessaire, elle est aussi suffisante. Il n'est pas nécessaire, pour que le mandat soit formé, que l'acceptation du mandataire soit connue du mandant.

M. Laurent, au contraire (t. VII, p. 543), affirme que le mandat doit être régi par la loi du lieu où l'acceptation a été connue du mandant, parce que c'est là seulement qu'il y a eu concours de volontés et que le contrat de mandat a pu prendre naissance. Nous ne voulons pas reproduire ici les arguments invoqués pour soutenir que les contrats par correspondance se forment au lieu de l'offre; nous n'indiquerons que les arguments spéciaux au contrat de mandat. M. Laurent déclare qu'il n'y a aucune raison de distinguer à ce point de vue le mandat des contrats synallagmatiques parfaits. Il est vrai que c'est un contrat unilatéral ou plutôt synallagmatique imparfait, et que partant *ab initio* une seule des parties s'oblige, le mandataire, tandis que dans les contrats synallagmatiques parfaits, chacune des parties s'oblige, et le pollicitant peut avoir intérêt à retirer ses offres, tant que l'autre partie ne l'a pas informé de son acceptation. Mais cela

[1] Casaregis. Disc. 179, n° 2.
[2] Fiore, p. 409.
[3] M. Massé, 1er vol. nos 579-580, 3e édition.

ne fait pas que le mandat puisse être parfait avant que l'acceptation soit connue du mandant, car si nous exigeons que le pollicitant ait connaissance de l'acceptation de son offre, ce n'est pas parce qu'il sera obligé par le contrat qu'il a proposé, mais parce qu'il n'y a concours de volonté que quand l'acceptation est connue du mandant, Nous n'avons pas à prendre parti entre ces deux systèmes dont le premier invoque l'autorité des deux textes spéciaux du Code civil, les articles 1984 et 1985, et dont le second s'appuie sur l'article 1101 et exige pour la formation du mandat et de tous autres contrats le concours des volontés. La question ne se présente pas à nous sous cette face. Quand il s'agit de savoir quelle loi doit régir le mandat, la question ne se réduit pas à rechercher dans quel lieu le mandat a été formé, et à soumettre le contrat à la *lex loci contractùs*. Nous ne perdons pas de vue notre double principe fondamental, que le contrat doit être soumis à la loi à laquelle les parties se sont référées, et que le plus souvent elles ont pensé à leur loi personnelle. Toutefois nous avons été obligés d'abandonner cette règle quand les parties sont de nationalité différente, et de décider qu'alors il faudrait suivre la *lex loci contractùs*. Mais même lorsque les parties n'ont pas la même nationalité, il faut repousser la loi du lieu du contrat, lorsque l'on peut supposer que telle a été l'intention des parties contractantes, qu'elles se sont soumises tacitement à la loi personnelle de l'une d'elles. C'est ce qui a lieu dans le mandat. Le mandat n'est pas, il est vrai, un acte unilatéral, mais c'est un contrat unilatéral à titre gratuit. Or, nous avons décidé que ces contrats, lorsqu'ils sont à titre gratuit, sont soumis à la loi personnelle de celui qui joue dans le contrat le rôle

prépondérant. Dans le mandat la prédominance appartient certainement au mandant. Le mandat est donné dans son seul intérêt, le mandataire ne fait que le représenter; il est donc juste que ce soit le mandant qui détermine l'étendue du pouvoir qu'il donne au mandataire. Aussi doit-on décider qu'il faut appliquer au contrat la loi personnelle du mandant. Telle est la solution qui a été adoptée par le tribunal de commerce de l'empire d'Allemagne. Le procès avait trait aux pouvoirs du commis-voyageur; il y a en cette matière une différence capitale entre la législation allemande et la législation française. Le Code de commerce allemand consacre un titre entier (le titre V) aux commis-voyageurs et leur donne des pouvoirs plus étendus que ceux qui leur sont attribués par le Code de commerce français, puisque celui-ci, étant muet sur la matière, les laisse sous l'empire du droit commun et ne leur confère que les mêmes pouvoirs qu'aux mandataires ordinaires.

Une maison de commerce française avait donné mandat à son commis-voyageur en Allemagne. Quelle devait être la loi de ce mandat? Le tribunal de Leipzig[1] a jugé que l'étendue des pouvoirs devait se régler d'après les usages et les lois en vigueur dans le lieu du domicile du mandant. Nous disons que c'est la loi nationale du mandant et non la loi de son domicile, car nous avons rejeté sur ce point l'opinion de Savigny et des jurisconsultes allemands. On ne peut pas raisonnablement supposer que le mandant a eu l'intention de se soumettre à une loi étrangère dont il ignore les dispositions.

Notre conclusion est donc que le mandat est gouverné

[1] *Journal de Droit international privé*, t. Ier, p. 81 et suiv.

par les règles de la loi personnelle, de la loi nationale du mandant.

2° Nous devons maintenant rechercher à quelle loi est soumis le contrat, qu'en exécution de son mandat le mandataire a conclu avec un tiers. Ce contrat est soumis aux mêmes règles que les autres. S'il intervient entre personnes qui ont la même nationalité, il est régi par leur loi personnelle. Si au contraire ce contrat intervient entre deux individus qui ne sont pas sujets de la même nation, il faut décider que la loi applicable sera la *lex loci contractùs*. Reste à déterminer quelle est cette *lex loci contractùs,* quel est le lieu du contrat. Faut-il pour cela ne considérer que le mandataire et décider que le lieu du contrat est l'endroit où le mandataire et le tiers ont échangé leurs consentements, ou au contraire n'avoir égard qu'au mandant. Il peut sembler à première vue qu'il ne faut dans cette espèce s'attacher qu'au mandant, car c'est pour lui que le contrat est réalisé, le mandataire ne fait que le représenter; il n'agit pas dans son intérêt personnel; il n'est que l'instrument, celui qui contracte véritablement, c'est le mandant.

Il n'en est rien toutefois, et cette solution ne doit pas être admise. Le lieu du contrat est l'endroit où le mandataire a traité avec le tiers. On présume que le mandant est présent là où se trouve son mandataire qui le représente, et, comme le dit Story, c'est comme si le mandant s'était transporté dans le lieu où le contrat se parfait (Story, *Conflict of laws,* § 285, p. 330, 7° édition). La même solution est admise par Casaregis, par M. Massé (*Droit commercial,* t. I, p. 483) et par Esperson (*Il principio di nazionalita,* p. 139).

Il y a une hypothèse pratique où cette question devient plus délicate, où la situation se complique. Nous avons supposé jusqu'ici qu'un négociant donnait ordre à son mandataire, à son commissionnaire de lui acheter certaines marchandises à tel prix et de les lui envoyer, et qu'alors le mandataire achetait réellement les marchandises qu'il expédiait ensuite à son mandant. Mais les choses ne se passent pas toujours ainsi : il est assez fréquent que le commissionnaire ait lui-même en sa possession des marchandises analogues à celles qu'il a mandat d'acheter. Dans ce cas, il envoie à son commettant ses propres marchandises au lieu d'en acheter d'autres à un tiers pour les expédier. Le mandataire est alors tout à la fois mandataire et vendeur; il devient intéressant de savoir dans quel lieu le contrat sera formé, quelle sera la *lex loci contractùs*.

Nous croyons qu'ici encore il faut se prononcer pour la loi du lieu où réside le mandataire. C'est là que se trouvent sans aucun doute les deux parties contractantes, puisque le mandataire et le vendeur ne font qu'une seule et même personne. Ce ne peut être la loi du mandant. Telle n'a pas été son intention, car il a pensé que le mandataire achèterait les marchandises d'un tiers, qu'il aurait à effectuer un véritable contrat; il ne savait pas que le mandataire jouerait en même temps le rôle de vendeur.

La théorie du mandat nous amène à étudier la ratification, qui n'est pas sans soulever quelques difficultés. La ratification n'est autre chose que le consentement donné par celui au nom duquel a été fait un contrat sans mandat de sa part. Lorsque la ratification a eu lieu, il importe de savoir en quel lieu s'est formé le contrat,

si c'est au lieu où le contrat a été passé entre le mandataire et le tiers, ou au lieu de la ratification. La question offre de l'intérêt lorsque le tiers contractant appartient à une nationalité étrangère.

Sur ce point, deux systèmes sont en présence. — Casaregis[1], et avec lui la plupart des auteurs qui ont traité cette matière, soutiennent que le contrat s'est formé à l'endroit où le tiers contractant a traité avec le mandataire, et que c'est la loi de ce lieu qui en doit régir la formation et les effets, car il est de principe, dit-on, que la ratification équivaut au mandat : *Ratihabitio mandato æqui paratur.* Il en résulte que le mandant qui ratifie est réputé avoir donné son consentement au moment même où l'affaire était conclue par le mandataire en dehors de ses pouvoirs. Le contrat s'est donc réalisé à l'endroit où le mandataire a traité avec le tiers.

M. Laurent, au contraire, soutient que la ratification n'est nullement rétroactive, que le contrat ne se forme qu'à l'endroit où intervient la ratification, et qu'il doit être soumis à la loi de ce lieu (Laurent, t. VII, p. 546). Voici comment il raisonne. La ratification est le consentement que donne le mandant; c'est donc qu'il n'a pas consenti au moment où le contrat est intervenu, il ne consent que le jour même où il a ratifié. Il en résulte cette conséquence que le contrat n'existe qu'à partir du moment de la ratification; ce n'est qu'à ce moment là, en effet, qu'il y a réellement concours de volontés. Quand le mandataire agit en dehors de ses pouvoirs, la convention ne peut pas se réaliser. Le mandataire n'est pas obligé, puisqu'il n'a pas traité en son nom personnel,

[1] Casaregis, *Disc.* 179, §§ 20, 64, 76, 80.

on le suppose, et le mandant n'est pas obligé, puisqu'il n'a pas consenti, n'ayant pas donné au mandataire le pouvoir de consentir. Si, ensuite, le mandant ratifie, quel est l'objet de cette ratification? C'est d'approuver ce que le mandataire a fait, dit-on, comme s'il y avait eu mandat. Il est vrai que ratifier, c'est approuver, mais cette approbation n'est autre chose qu'un consentement. La question est donc de savoir si le consentement rétroagit. Cette rétroactivité serait une fiction, car, de fait, le mandant n'a pas consenti lors du contrat qu'il ratifie; il consent seulement à l'instant où il donne sa ratification; or, aucune loi n'établit cette fiction, aucun principe ne la justifie.

Cette argumentation ne nous a pas convaincu. Nous croyons avec Casaregis que le contrat se forme à l'endroit où le mandataire et le tiers ont échangé leurs consentements. C'est là que les conclusions ont été discutées; c'est là qu'il a pris naissance. La ratification ne fait que lui donner toute sa force. Lorsque M. Laurent dit que le contrat se forme au lieu de la ratification, parce que c'est là et à ce moment seulement qu'il y a eu concours de volontés, il oublie que précédemment il a donné une solution contraire dans une question analogue (pag. 536). Lorsque le mandant a ratifié, il y a simplement *coexistence* et non *concours* de volontés; il n'y a *concours*, car le contrat a lieu entre absents, que lorsque l'acceptation, c'est-à-dire la ratification est connue du pollicitant, du tiers contractant. Il faut appliquer à cette hypothèse spéciale la solution que donne M. Laurent dans la question générale de la formation des contrats par correspondance. Les raisons de décider sont les mêmes, il n'y a aucun motif de distinguer. La ratification n'empêche

donc pas que le contrat se forme à l'endroit où le mandataire a traité avec le tiers et qu'il soit soumis à la loi de ce lieu.

Nous devons indiquer maintenant, afin de ne laisser aucun point dans l'ombre, dans quels cas il y a lieu à ratification. Il faut supposer pour cela qu'en traitant avec un tiers au nom du mandant, le mandataire a dépassé ses pouvoirs. Dès qu'il est en dehors des limites de son mandat, il cesse de représenter le mandant, et celui-ci par conséquent ne consent pas par son intermédiaire; il ne consentira que par sa ratification. Telle est par exemple l'hypothèse du commis-voyageur qui, n'ayant mandat que d'acheter, opérerait des ventes. Ce qui est important de ne pas oublier en cette matière, c'est que la question de ratification ne se pose que dans l'hypothèse de mandat et non dans celle de gestion d'affaires. Il ne faut pas confondre ces deux actes. Le mandat seul est un contrat, il exige pour sa perfection le concours des volontés; par conséquent, le mandant ne sera lié que par sa ratification lorsque le mandataire aura dépassé ses pouvoirs. Au contraire, la gestion d'affaires n'est qu'un quasi-contrat, elle reçoit sa force de la loi; elle existe sans qu'il soit besoin du concours des volontés, c'est la loi elle-même qui donne naissance à l'engagement, pour l'avantage du maître de la chose. Le législateur suppose qu'il aurait donné son consentement, car la question lui est avantageuse.

Il y a donc une grande différence entre le mandat et la gestion d'affaires à notre point de vue. Le contrat de mandat exige le concours des deux volontés, il n'existe qu'au moment où par la ratification le mandant donne son consentement. Aussi M. Laurent a-t-il pu dire, ce

que nous n'avons pas admis, que la loi du mandat était celle du lieu où intervient la ratification. Une pareille décision serait au contraire absurde en ce qui touche le quasi-contrat de gestion d'affaires; la loi le fait naître du seul fait de l'accomplissement volontaire de l'acte utile au maître, sans exiger le consentement de celui-ci. Le doute ne peut donc pas naître; ce quasi-contrat se forme certainement au lieu où le gérant d'affaires a accompli le fait volontaire qui a créé l'engagement.

SECTION III.

Règles spéciales au contrat de mariage.

Le contrat de mariage est un contrat de la plus grande importance. Il détermine la situation des époux quant à leurs biens, il régit leurs rapports pécuniaires, son influence s'étend sur le plus grand nombre des actes juridiques que pourront accomplir les époux pendant la durée de leur union. Aussi devons-nous rechercher s'il faut lui appliquer les règles des contrats ordinaires, ou s'il est soumis à des règles spéciales en ce qui concerne la loi qui doit régir sa formation et ses conditions de validité. Nous devons essayer d'abord de déterminer à quelle loi est soumis le contrat de mariage exprès des époux, et nous nous demanderons ensuite quelle loi doit fixer le régime matrimonial des époux qui n'ont pas fait de contrat.

§ 1.

Quelle loi régit le contrat de mariage fait par les époux.

Le principe dominant est ici, comme pour les contrats ordinaires, l'autonomie des parties contractantes. Les conventions font la loi des parties. La règle de l'article 1134 est reproduite au titre du contrat de mariage par l'article 1387, qui consacre en cette matière la liberté des parties contractantes. Les époux peuvent donc régler, comme ils le veulent, leur contrat de mariage, déterminer à leur gré les conditions de leur régime matrimonial. Telle est la doctrine française depuis Dumoulin, celle que consacre le Code civil dans l'article 1387. Toutefois on soutient sur ce point un système tout à fait différent de celui du Code civil. L'origine de ce système se trouve dans une théorie de Boullenois; cet auteur déclare que la coutume, en admettant la communauté de biens, a voulu que les conjoints soient associés en biens pour le reste de leurs jours; d'après lui, cette règle doit former entre eux un état et une condition qui les affectent et qui sont inséparables de leurs personnes. Le Code italien en a conclu que le régime matrimonial fait partie du statut personnel, que la loi qui le régit détermine l'état et la capacité des individus.

Son article 1381 est ainsi conçu : « Il n'est pas permis aux époux de stipuler d'une manière générale que leur mariage sera réglé par des coutumes locales, ou par des

lois auxquelles ils ne sont pas légalement soumis. » L'article 1378 disait déjà que l'association conjugale relativement aux biens est réglée par les conventions des parties et par la loi. D'après le Code italien, le régime matrimonial fait partie du statut personnel; les règles du Code sur cette matière obligent tous les Italiens, en quelque lieu qu'ils se trouvent. Les Italiens ne sont pas libres de choisir leur régime matrimonial, ils n'ont le choix qu'entre le régime dotal et la communauté d'acquêts. La communauté légale française leur est interdite.

Selon M. Fiore[1], le contrat de mariage touche aux intérêts les plus élevés; la loi qui le régit doit pourvoir pour le présent et pour l'avenir aux intérêts des époux, de leurs enfants et des tiers. Le contrat de mariage est la charte de la famille; la loi qui le régit touche donc à l'organisation de la famille et par là, à l'ordre public, car la famille est la base de la société. Il faut décider en conséquence que la loi sur le contrat de mariage est un statut personnel d'ordre public; elle affecte la capacité de tous les Italiens; en quelque endroit qu'ils se trouvent, ils ne peuvent pas déroger aux dispositions de leur Code sur le contrat de mariage; ils ne peuvent pas modifier leur capacité.

Nous ne croyons pas que ce système soit exact; sans doute la loi sur le contrat de mariage est bien une loi personnelle, car telle est la présomption que nous avons établie dans notre introduction. La réalité n'est aujourd'hui que l'exception. Mais si cette loi régit les nationaux, même lorsqu'ils sont à l'étranger, il ne s'ensuit pas qu'ils ne puissent pas y déroger. Ce n'est pas là un

[1] Fiore, *Droit international privé*, n° 325, pag. 498.

principe, une loi d'ordre public. Il en est ainsi, il est vrai, en Italie, cela résulte d'un texte formel, mais nous ne croyons pas que cette décision doive être adoptée par les Codes des autres nations, et nous préférons incontestablement la décision de notre Code civil.

L'article 1387 de notre Code proclame le principe de la liberté des conventions matrimoniales. Les époux sont libres de régler comme ils l'entendent leur régime nuptial, leurs intérêts pécuniaires. C'est avec raison que le législateur français a inséré dans nos lois l'article 1387. Le contrat de mariage, en effet, se distingue nettement du mariage. Il est surtout, et même uniquement, un contrat pécuniaire; il ne règle que les intérêts matériels des époux; c'est un contrat ordinaire, tandis que le mariage ne peut pas être classé parmi les contrats pécuniaires. Il faut donc soumettre en principe le contrat de mariage aux règles de droit commun des conventions, et il n'y a aucune raison de ne pas lui appliquer l'article 1134 aux termes duquel les conventions des parties sont libres. C'est ce qu'a compris le législateur français; l'article 1387 n'est que l'application au contrat de mariage de la règle générale de l'art. 1134.

Les principes sont donc ici les mêmes que pour les contrats ordinaires; cependant il faudra tenir compte des législations prohibitives comme le Code italien. Sauf cette exception, la règle générale est ici encore l'autonomie des parties contractantes, les époux peuvent déclarer que leurs conventions matrimoniales seront régies par telle ou telle loi. Les nationaux italiens au contraire ne peuvent pas soumettre leur contrat de mariage à une loi étrangère, ils ne peuvent pas déroger à leur capacité personnelle.

Cependant le principe de la liberté des conventions matrimoniales subit, même en France, des restrictions nécessaires. Elles sont édictées par l'article 1388 et les articles suivants. La disposition prohibitive de l'article 1388, qui défend au mari de renoncer à sa puissance maritale sur la personne de la femme, à ses droits de chef de la communauté, s'applique aux Français même à l'étranger. C'est un des éléments de leur statut personnel, de leur capacité; les Français ne peuvent pas s'y soustraire en allant faire leur contrat de mariage à l'étranger. Mais ce n'est point là une de ces règles d'ordre public qui s'imposent même aux étrangers lorsqu'ils viennent habiter la France.

Ceux-ci peuvent faire chez nous leur contrat de mariage en se conformant aux règles de leur loi nationale. Nous devons leur reconnaître l'application en France de leur loi personnelle, comme ils doivent appliquer chez eux aux Français le principe de la liberté des conventions matrimoniales de l'article 1387, et les restrictions qu'y apporte l'article 1388.

L'article 1389 ne permet pas aux époux dans leur contrat de mariage de changer l'ordre légal des successions par rapport à leurs enfants, ou par rapport à eux dans la succession de leurs enfants. Cette disposition, qui rentre dans la théorie des successions et qui ne nous touche qu'indirectement, s'applique, comme l'article 1388, aux Français même lorsqu'ils ont quitté leur patrie. Elle ne s'applique pas aux étrangers qui viennent succéder en France; mais si en vertu de cette stipulation permise par sa loi nationale et prohibée par l'article 1389, un étranger vient prendre dans une succession ouverte en France une part plus forte que celle que lui accorde la loi

française, il faudra appliquer la loi du 14 juillet 1819 et décider qu'il n'exercera ce droit que sur les biens situés à l'étranger; en revanche, les cohéritiers français auront le droit d'opérer un prélèvement afin de rétablir l'égalité prescrite par notre Code civil. C'est là une restriction à l'application de la loi du contrat; elle est nécessitée par l'existence du texte formel de la loi de 1819, qui n'a pas admis le grand principe de la personnalité des lois, la règle que les nations étant égales entre elles, chacune doit respecter les lois que l'autre a promulguées.

La dernière restriction au principe de la liberté des conventions matrimoniales est édictée par l'article 1390 qui défend aux époux de stipuler d'une manière générale que leur association sera réglée par l'une de nos anciennes coutumes. En vertu de ce texte, deux Français, même hors de leur territoire, ne peuvent se référer, pour les règles de leur contrat de mariage, à la coutume de Paris ou à la coutume d'Orléans. Une telle prohibition n'est évidemment pas applicable aux étrangers qui se marient en France. Cette règle de l'article 1390 ne limite en rien le principe de l'autonomie des parties contractantes; cet article n'interdit pas aux Français de soumettre leur contrat de mariage à une loi étrangère; les époux français peuvent déclarer qu'ils adoptent le régime dotal tel qu'il est réglé par le Code italien. En effet, le but du législateur, en rédigeant l'article 1390, a été d'abolir entièrement les anciennes coutumes afin d'établir d'une façon définitive l'unité de législation; sans cela les coutumes auraient continué de subsister à côté du Code nouveau. Un pareil danger n'est pas à craindre en ce qui concerne les législations étrangères. Aussi le législateur n'a-t-il pas défendu aux époux de s'y référer même d'une manière générale.

Toutes ces prohibitions devront être appliquées aux Français par les tribunaux étrangers lorsqu'une difficulté sera soulevée devant eux. De même les magistrats français devront sanctionner, en ce qui concerne le contrat de mariage des étrangers, les dispositions prohibitives contenues dans leur loi nationale. C'est ainsi que si deux époux italiens avaient stipulé le régime de la communauté légale, telle que la réglemente notre Code civil, les tribunaux français devraient se refuser à sanctionner une telle stipulation condamnée par l'article 1381 du Code civil italien.

Toutefois, notre Cour de cassation n'admet pas ce système; elle prétend que cette disposition du Code italien n'a d'effet que pour les biens situés en Italie ; la loi veut que ces biens restent propres aux époux ; cet article ne régit pas les biens situés en France. Pour ces biens, les Italiens peuvent, en se mariant en France, adopter le régime de la communauté (Cass., 4 mars 1857, Sirey, 1857. 1. 247). Ce système est contraire au principe de la personnalité des lois et au principe d'après lequel il n'est pas permis de violer les règles d'ordre public de sa loi nationale, même lorsqu'on contracte à l'étranger. La conclusion générale est que tout contrat de mariage valable d'après la loi nationale des époux doit être sanctionné par les juges des autres pays, alors même qu'il contiendrait des conventions inconnues ou même interdites dans le pays où ce contrat est produit en justice. A l'inverse, les tribunaux de chaque pays devront refuser de garantir l'application d'une clause d'un contrat de mariage, lorsque cette clause est prohibée par la loi nationale des époux qui l'ont stipulée.

Les difficultés, comme on le voit, ne sont pas très sé-

rieuses en ce qui concerne la loi qui doit régir le contrat de mariage fait par les époux. Cependant on ne lui applique pas sans exception toutes les règles des contrats ordinaires. Lorsque les époux sont de même nationalité, la loi du contrat de mariage est leur loi nationale, à moins qu'ils ne soient soumis expressément à une autre loi, ainsi que leur permet la règle de l'autonomie en l'absence de tout texte prohibitif analogue à l'article 1381 du Code civil italien. Mais lorsque les parties ne sont pas de même nationalité, quelle sera la loi du contrat? La question se posera rarement, car lorsque des époux qui n'ont pas la même patrie font un contrat de mariage, ils indiquent le plus souvent quelle loi régira leur contrat. Lorsqu'ils ne l'auront pas fait, il faudra appliquer la règle des articles 1134 et 1387. La volonté des parties étant souveraine, on recherche dans l'intention des époux à quelle loi ils ont entendu se référer. La présomption ne sera pas ici la même que pour les contrats ordinaires; ce ne sera pas la loi du lieu du contrat, mais la loi nationale du mari, car le contrat de mariage est fait en vue du mariage, et par le mariage la femme acquerra la nationalité du mari; ils seront soumis à la même loi personnelle. C'est évidemment à la loi nationale du mari, qui sera la loi nationale des deux époux depuis le jour du mariage, qu'ils se sont référés en réglant leurs conventions matrimoniales. Ce sera cette loi qui régira leur contrat de mariage.

La question, d'ailleurs, va être étudiée d'une façon plus complète à propos de l'hypothèse plus délicate dans laquelle les époux se sont mariés sans contrat.

§ 2.

Quelle loi détermine le régime nuptial des époux qui n'ont pas fait de contrat de mariage.

Les conventions matrimoniales sont libres comme les conventions ordinaires (art. 1134, 1387). Les règles que pose la loi au titre Des contrats et obligations et au titre Du contrat de mariage, ne sont que des règles interprétatives de la volonté des parties (sauf bien entendu les textes prohibitifs). Les époux peuvent choisir à leur gré leur régime matrimonial, ils peuvent même combiner entre eux les divers régimes admis par le Code civil, ils peuvent enfin insérer dans leur contrat de mariage des clauses non prévues par le législateur. Lorsque les époux n'ont pas fait de contrat de mariage, ils sont réputés s'en être rapportés au législateur; celui-ci donne un régime nuptial aux époux qui n'ont pas pris la peine d'en stipuler un. L'article 1393 décide que le régime de droit commun de tous les Français, sauf stipulations contraires de leur part, est le régime de la communauté. Le Code civil italien établit le régime de la séparation de biens comme régime de droit commun.

Mais, on vient de le voir, toutes les législations n'admettent pas le même régime de droit commun. La question se pose donc de savoir quelle loi doit déterminer le régime matrimonial, quand les époux n'ont pas fait de contrat? Nous avons déjà indiqué dans notre introduction quelles étaient les décisions de nos anciens jurisconsultes sur ce point. La plupart se prononçaient pour la coutume

du domicile du mari, ou pour la coutume du domicile matrimonial.

Aujourd'hui plusieurs opinions sont en présence, et la question divise à la fois la doctrine et la jurisprudence. Nous n'exposerons toutefois que les systèmes les plus importants. Dans une première opinion qui a trouvé des partisans dans notre ancienne jurisprudence, on soutient que le régime nuptial des époux mariés sans contrat est déterminé par la loi du lieu où le mariage a été célébré. Les auteurs qui défendent cette doctrine invoquent à l'appui de leur thèse la maxime *locus regit actum*. Mais ce n'est point ici le cas d'argumenter de ce brocard qui ne s'applique qu'aux formes extérieures des actes; il s'agit, dans notre hypothèse, de trancher une question de fond; la maxime est inapplicable. D'autres modifient ce système et le présentent de la façon suivante qui est de nature à séduire davantage : Le contrat de mariage suit en droit international privé les mêmes règles que les autres contrats, il est gouverné par les mêmes principes; il faut donc lui appliquer les règles que nous avons posées. Quand les époux ont la même nationalité, le régime matrimonial est fixé par leur loi nationale, mais lorsqu'ils n'ont pas la même patrie, il faut appliquer la loi du lieu où le mariage a été célébré. C'était le système que soutenait Huber (*De conf. legum*) : « *Posso non tantum ipsi contractus ipsoque nuptiæ certis locis rite celebratæ ubique pro justis et validis habentur, sed et effectu contractuum nuptiarum in his locis receptæ ubique vim suam obtinebunt.* »

Déjà dans notre ancien droit ce système était repoussé, le grand jurisconsulte Dumoulin l'avait condamné. Après avoir appliqué aux contrats la règle *locus regit actum*,

la *lex loci contractùs,* il avait reconnu son erreur. Boullenois et Bouhier, suivant son exemple, ont répudié la loi du lieu où le mariage est célébré comme devant déterminer le régime matrimonial des époux, parce que, dit Boullenois, « le lieu où se célèbre le mariage est un lieu de hasard qui ne saurait décider des droits des conjoints. »

Nous devons noter que ce système a été consacré par un arrêt très ancien du tribunal de cassation, en date du 11 thermidor an III[1]. Cet arrêt admet, il est vrai, que lorsque les époux sont de même nationalité, la loi qui régit leurs intérêts pécuniaires est la loi du domicile du mari; mais, ajoute l'arrêt, « il en est autrement quand les époux ne sont pas citoyens du même État; leurs pactes alors doivent se régler d'après les principes du droit des gens, et par conséquent suivant les lois du pays où le contrat est passé. » La jurisprudence a d'ailleurs depuis longtemps abandonné ce système. Une seconde opinion, beaucoup plus répandue et qui compte des défenseurs, consiste à faire fixer le régime nuptial des époux mariés sans contrat par la loi du domicile matrimonial. C'est le système qui domine en jurisprudence. En effet, lorsque les époux se sont mariés, ils n'ont pas dû s'en référer pour la réglementation de leurs intérêts pécuniaires à la loi du lieu où leur mariage se célébrait. Ils pouvaient ignorer cette loi et ne se trouver dans ce lieu que par hasard ou pour peu de temps. La loi à laquelle ils ont dû penser, c'est celle du lieu où s'écoulera leur vie en commun, du lieu où ils feront leurs affaires. C'est donc la loi du domicile matrimonial, la loi du lieu où les époux se proposent de fixer le siège de leur association conjugale,

[1] Merlin, *Répert.*, au mot *Conventions matrimoniales*, p. 399 et s.

qui doit déterminer à quel régime leurs biens seront soumis. Telle est l'opinion de MM. Aubry et Rau (§ 504 *bis*). Cette théorie était consacrée par les arrêts des anciens Parlements; ils s'appuyaient sur la loi 65, au Dig. *De judiciis :* « *Nec enim id genus contractus est, ut et eum locum spectari oporteat, in quo instrumentum dotis factum est, quam eum, in cujus domicilium et ipsa mulier per conditionem matrimonii erat reditura.* » Dumoulin[1] adoptait aussi cette opinion et l'exposait très clairement dans la phrase suivante : « *Die indistincte quod ad effectum et ad decisionem jurium matrimonii, ubi non fuit specificatum, nec facta relatio ad alium certum locum, inspicietur locus domicilii habitationis viri destinatæ tempore matrimonii.* »

Quel est donc ce domicile matrimonial? Dumoulin l'indique en l'appelant *domicilium habitationis destinatæ.* C'est l'endroit où les époux ont l'intention d'habiter et de s'établir lorsqu'ils seront mariés ; sans distinguer si auparavant ils avaient ou non leur domicile en ce lieu. C'est donc surtout par l'intention des parties, par leurs projets que se trouve désigné leur domicile matrimonial.

M. Delisle a traité *ex professo* cette question du domicile matrimonial dans la *Revue critique* (tom. VI, pag. 193); pour lui c'est un domicile de fait indépendant du domicile légal des époux. C'est l'endroit où ils doivent habiter ordinairement. Aussi décide-t-il que le régime de droit commun sera déterminé par la loi française, non-seulement dans le cas où un étranger qui a reçu du chef de l'État l'autorisation de résider en France, épouse une Française, mais

[1] Dumoulin, cité par Bouhier, t. I, ch. XXI, n° 27, p. 387, et par Boullenois, t. II, p. 262, ligne 5.

encore lorsque cet étranger, sans être autorisé à avoir son domicile en France, y réside habituellement, parce que, dans cette hypothèse, la femme a dû penser que le domicile matrimonial serait établi en France, au lieu où réside son mari. Il ne faut pas que la femme soit trompée par la résidence de son mari en France, elle sait que c'est là que se fixera leur établissement, que là sera leur demeure habituelle; elle a donc dû légitimement supposer que ses conventions matrimoniales seraient régies par la loi française. En ne faisant pas de contrat de mariage, elle s'est soumise tacitement au régime de droit commun de la France, à notre vieux régime national de la communauté légale.

Le domicile matrimonial est donc le lieu où les époux ont le projet de fixer leur établissement aussitôt après le mariage; ce sera une question de fait que la détermination de ce lieu. Il faudra rechercher, d'après toutes les circonstances de nature à éclairer ce fait, quelle a été à cet égard l'intention du mari, s'il a fait part à sa femme de ses projets, s'ils ont formé des projets bien arrêtés. Ainsi n'est-il pas étonnant que les décisions de la jurisprudence offrent à cet égard une certaine variété, car la détermination du domicile matrimonial, tel que nous venons de le définir, nécessite des appréciations assez délicates.

Le système du domicile matrimonial a été consacré par un arrêt de la Cour de cassation du 29 décembre 1836 (Sirey, 1837. 1. 437). D'après cet arrêt, lorsqu'un Français s'est marié en pays étranger sans faire de contrat de mariage, la question de savoir quel sera son régime matrimonial doit être tranchée en recherchant quelle a été son intention. C'est d'après sa volonté présumée que l'on décidera s'il est marié sous le régime de la communauté

ou sous e régime que la loi du lieu où il s'est marié reconnaît comme régime du droit commun. Le même principe a été adopté encore par un autre arrêt de la Cour suprême en date du 11 août 1855 (Sirey, 1855. 1. 699).

C'est en vertu de ce principe que plusieurs arrêts de la Cour d'appel et de la Cour de cassation, ont décidé, conformément à l'opinion de M. Delisle, que lorsqu'un étranger résidant en France sans avoir obtenu l'autorisation d'y fixer son domicile, épouse une Française, il doit être présumé s'être soumis à la loi française et avoir accepté le régime de la communauté légale (Cass., 7 fév. 1843. Sirey, 1843. 1. 285; Sirey, 1857. 1. 247).

Ce système du domicile matrimonial, bien qu'il soit admis par la grande majorité des arrêts, ne nous semble pas devoir être adopté. Il n'y a aucune raison sérieuse de faire fixer le régime nuptial des époux par la loi du lieu où ils ont l'intention de fixer leur domicile. Il n'est pas possible d'attacher aujourd'hui au domicile la même importance que dans notre ancien droit. Jadis c'était le domicile qui déterminait la coutume à laquelle était soumis un individu, mais depuis que le Code civil a réalisé l'unité de législation, le domicile a perdu une grande partie de son importance. Les sujets d'un même État ne sont pas soumis à des coutumes diverses, ils sont tous soumis à leur loi nationale, et la nationalité ne se détermine pas par le domicile, mais par la naissance ou une acquisition postérieure.

Lorsque le domicile fixait le statut personnel de chaque individu et que ce statut pouvait varier à chaque changement de domicile, on devait supposer qu'en se mariant les époux s'étaient soumis à la loi de leur domicile matrimonial, à la loi qui allait régir leur statut personnel.

Mais aujourd'hui l'état et la capacité des personnes sont déterminés par leur loi nationale. Cette loi les suit partout où elles vont résider; il n'y a donc aucune raison de dire qu'en l'absence du contrat de mariage, le régime nuptial des époux sera fixé par la loi du domicile matrimonial. Il faut s'attacher surtout, comme nous le démontrerons bientôt, à la nationalité des époux.

On objecte que l'intention des parties a été de se soumettre à la loi du domicile matrimonial et d'adopter le régime de droit commun admis par cette loi, et l'on ajoute que le contrat de mariage étant comme les autres contrats l'œuvre de la volonté des parties, cette volonté doit être souveraine. On doit rechercher quelle a été leur intention. En se mariant sans contrat, les époux ont voulu, dit-on, se soumettre à la loi du lieu où va s'écouler leur existence, à la loi du domicile matrimonial. Sans doute nous admettons qu'il faut rechercher l'intention des parties, mais nous ne croyons pas qu'ils aient l'intention de se soumettre à la loi du domicile matrimonial. Les époux peuvent ne pas connaître la loi du pays où ils vont habiter : la loi à laquelle ils ont pensé, c'est celle qu'ils connaissent le mieux, c'est-à-dire leur loi nationale.

D'ailleurs, ainsi que le fait remarquer M. Fiore, les parties ne peuvent pas toujours se référer librement à la loi du domicile matrimonial. Leur statut personnel peut limiter à ce point de vue leur capacité contractuelle et leur interdire le régime nuptial reconnu comme régime de droit commun par la loi du domicile matrimonial. Supposons par exemple qu'un Italien épouse une Française avec l'intention de fixer en France son domicile, on ne pourra pas dire, si les époux n'ont pas fait de contrat de

mariage, qu'ils sont soumis au régime de la communauté légale en vertu de la loi française qui est la loi de leur domicile matrimonial. En effet, le statut personnel des Italiens, l'article 1381 de leur Code civil, leur défend de se soumettre expressément ou tacitement, pour leur régime matrimonial, à une loi étrangère; il leur interdit d'adopter la communauté légale. « La loi nationale, dit M. Fiore, oblige nécessairement, et elle doit être appliquée de plein droit, non parce qu'elle a été préalablement acceptée par une convention tacite, mais parce qu'elle s'impose à tous ceux qui se marient, et qui lui sont légalement soumis. On peut seulement, dans certains cas, admettre le contrat tacite, à savoir, lorsque la loi dispose, mais laisse en même temps la liberté de stipuler le contraire; mais, dans le cas dont il s'agit, le silence des contractants ne peut équivaloir qu'à la volonté tacite de se conformer à leur loi nationale » (*Droit intern. privé,* Contrat de mar., 1, pag. 505, n° 331).

Notons toutefois que la jurisprudence, fidèle au système du domicile matrimonial, a rejeté la théorie de M. Fiore, et a eu tort de ne pas reconnaître l'application d'une loi étrangère (Cass., rejet, 4 mars 1857. Dalloz, 1857. 1. 102; C. de Bordeaux, 13 févr. 1876, *Journal de droit intern. privé*, 1877, p. 237 et jugement du tribunal de la Seine du 25 janv. 1882; *Journal,* 1882, pag. 74).

Dans un troisième système, on décide que les époux qui n'ont pas fait de contrat de mariage sont soumis au régime de droit commun de la loi du domicile du mari. Les partisans de cette opinion reproduisent l'argument que nous venons de réfuter et qu'invoquait le système précédent. Ils disent que la loi qui régit les conventions matrimoniales doit être déterminée d'après l'intention

présumée des époux, et que ceux-ci, en ne faisant pas de contrat de mariage, ont dû se référer à la loi du domicile du mari.

Ce système vient de notre ancien droit. Il était énergiquement défendu par le président Bouhier, ainsi que nous l'avons vu dans notre introduction historique. Il adopte ce système consacré par la jurisprudence récente des Parlements et réfute tous les autres systèmes proposés (Bouhier, t. I, ch. XXI, n°s 18 et suiv., surtout n°s 23, 24 et 25), c'était déjà l'opinion de Bartole. Boullenois s'exprime ainsi : « La présomption est qu'embrassant le parti du mariage, et s'identifiant en quelque sorte avec son mari, la femme adopte plutôt les lois selon lesquelles elle va être obligée de vivre dorénavant, que des lois auxquelles elle se met elle-même dans la nécessité de renoncer » (*Traité de la personnalité et de la réalité,* tom. II, ch. IV, Observ. 38, pag. 263).

Les auteurs modernes qui soutiennent ce système invoquent les mêmes arguments que nos anciens jurisconsultes. C'est ainsi que Sirey[1], dans une consultation insérée dans son recueil, ne soupçonne même pas que le domicile ait perdu de son importance dans le droit nouveau; il affirme que la loi applicable dans ce cas, doit être déterminée par le domicile. Voici comment il s'exprime : « Le droit commun, les règles consacrées par tous les auteurs sur la matière, c'est que la femme qui se marie devant suivre la condition et la personne du mari, a nécessairement l'intention présumée d'habiter avec lui, d'avoir le même domicile, qu'ainsi le domicile du mari est le domicile matrimonial relativement à l'un

[1] Sirey, *Consultation,* t. XVII, 2e part., p. 218, ancienne collection.

et à l'autre époux : *Ubi maritus, dotale matrimonium conscriptum est.* »

On le voit, ce système se confond presque avec le précédent, il se prononce aussi pour la loi du domicile matrimonial; il en diffère seulement en ceci que pour Sirey, le domicile matrimonial est toujours le domicile du mari, tandis que d'après MM. Aubry et Rau et la jurisprudence, ce domicile peut être distinct du domicile du mari, et ne se détermine que d'après l'intention des parties. Ce système laisse une moins grande place à l'appréciation du juge que le second système. Le domicile du mari est facile à déterminer, tandis que le juge jouit du plus large pouvoir d'appréciation, quand il s'agit de fixer, d'après les circonstances et la volonté présumée des parties, quel est le domicile matrimonial.

Il doit être rejeté comme le précédent, et par les mêmes motifs; on ne peut pas dire que les époux en se mariant aient eu l'intention de se soumettre à la loi du domicile du mari, car ce n'est plus aujourd'hui le domicile qui fixe le statut personnel, l'état et la capacité des individus, c'est la nationalité. Par le mariage, la femme acquiert non-seulement le domicile, mais aussi la nationalité de son mari, et c'est la nationalité qui fixe le statut personnel. Nous avons ainsi exposé par avance le système que nous adoptons et qui donne la prépondérance à la loi nationale du mari. Voici comment nous le formulons :

Quand les époux se marient sans contrat, ils se réfèrent à leur loi nationale s'ils ont la même patrie; sinon l'on doit présumer qu'ils se sont soumis à la loi nationale du mari. En effet, en se mariant, la femme suit la condi-

tion de son mari, elle acquiert sa nationalité. Elle va être soumise à sa loi nationale. La loi personnelle du mari devient donc la loi de la femme; c'est cette loi qui doit régir leurs conventions matrimoniales. En se mariant la femme consent à vivre dans la loi à laquelle est soumis son mari, mais cette loi n'est plus la loi du domicile, c'est la loi nationale.

Sans doute en l'absence de disposition prohibitive dans sa loi nationale, le mari peut soumettre ses conventions matrimoniales à une loi étrangère, mais lorsqu'il n'a pas fait de contrat, son régime nuptial est déterminé par sa loi nationale à laquelle il n'a pas dérogé. On ne peut échapper à sa loi nationale que par une déclaration expresse, et lorsque cette loi le permet.

Par conséquent l'étranger qui a reçu, conformément à l'article 3, l'autorisation de fixer son domicile en France, reste soumis à sa loi nationale pour son état et sa capacité; lorsqu'il épouse une Française, celle-ci suivra sa condition et sera soumise à sa loi personnelle; cette loi régira leur régime matrimonial, on ne peut pas dire qu'en se mariant sans contrat, cette femme ait voulu adopter la communauté légale. Elle savait que son mari était étranger et que la femme française qui épouse un étranger acquiert la nationalité de son mari; elle ne pouvait donc pas ignorer que son statut personnel, que son contrat de mariage, seraient régis par la loi nationale de son mari. C'est ce qu'a exprimé en excellents termes M. Fiore (n° 327) : « La loi est appelée à régler le contrat de mariage, parce qu'elle doit protéger les intérêts économiques des époux et des enfants et pourvoir à l'avenir de la famille. Or, si la femme suit la condition de son mari, si les enfants naissent citoyens de la patrie du père, quelle

est la loi à qui il appartient d'y pourvoir, si ce n'est pas celle de la patrie du chef de famille. »

Notre système consiste donc à dire que le régime matrimonial des époux mariés sans contrat est déterminé par la loi nationale du mari. Il reste à savoir quelle loi régit les effets du contrat de mariage, si le régime stipulé par les parties ou établi de plein droit par la loi, étend ses effets sur des biens situés dans un pays où ce régime est inconnu ou même prohibé. Cette question rentre dans l'étude des effets des contrats; elle trouvera sa place dans notre second chapitre que nous abordons immédiatement.

CHAPITRE II.

ÉTENDUE NORMALE D'APPLICATION DE LA LOI DU CONTRAT.

Nous venons de déterminer quelle est la loi du contrat. Cette loi doit régir les obligations qui en découlent, leur nature et leurs effets. La nature des obligations, c'est leur manière d'être, c'est ce qui les distingue les unes des autres. Leur nature varie avec les modalités qui les accompagnent. C'est ainsi que parmi les obligations, les unes sont pures et simples, tandis que les autres sont conditionnelles ou à terme. C'est ainsi qu'il y a des obligations divisibles et des obligations indivisibles, des obligations civiles et des obligations naturelles, des obligations solidaires, facultatives, alternatives, etc..... En principe, c'est la loi du contrat, cette loi que nous avons déterminée dans le chapitre précédent, qui fixera la nature du contrat, de l'obligation.

Il y a des cas où il ne peut se présenter aucune difficulté, ce sont ceux dans lesquels le génie des différentes nations ne peut imprimer son caractère propre, ce sont les questions dont la solution doit être la même d'après

toutes les lois; c'est ainsi qu'on pourra toujours discerner aisément une obligation certaine d'une obligation incertaine. A ce point de vue leur nature varie avec l'objet. Or, l'objet est certain quand on sait *quid, quale, quantum sit.* La décision de Gaïus dans la loi 74 (*De verb. oblig.*, 45, 1) sur ce point ne peut pas cesser d'être vraie; *certum est, quod ex ipsa pronunciatione apparat, quid, quale, quantum sit.* C'est ainsi encore qu'on reconnaîtra sans peine si une obligation a pour objet : *dare, facere* ou *præstare.*

La difficulté pourra naître dans d'autres hypothèses. Toutes les législations ne sont pas identiques en ce qui concerne les cas d'indivisibilité des obligations, de solidarité entre les créanciers ou les débiteurs. Ainsi, et pour n'en citer qu'un seul exemple, la solidarité n'existe pas dans les mêmes cas d'après le Code italien et d'après notre Code civil français; l'article 1750 du Code civil Italien décide que « si le mandat a été confié par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elles est tenue solidairement envers le mandataire pour les effets du mandat. » Notre Code civil ne contient aucune décision analogue. Dans ce cas, la loi doit, dans le silence des parties, déterminer la nature de l'obligation. C'est alors qu'il faudra appliquer la loi du contrat. En effet, c'est au moment même de sa naissance que l'obligation est investie de tel ou tel caractère. C'est à ce moment que sa nature doit être déterminée; il est donc naturel qu'on applique ici la loi qui a présidé à la naissance de l'obligation, la loi qui a fixé les conditions de sa formation.

C'est aussi, en règle générale, la loi du contrat qui doit régir tous ses effets, et cela est logique. Le principe

dominant, c'est l'autonomie des parties contractantes. On ne fait un contrat que pour lui faire produire des effets. Lorsque des parties ont échangé leurs consentements, elles se sont référées, pour les conditions de formation de leur contrat, à une loi que nous avons appelée la loi du contrat. Elles se sont certainement référées à cette même loi en ce qui concerne les effets de leur convention.

Toutefois, cette opinion est loin d'être admise par tous les auteurs, nous croyons même que jusqu'ci elle n'a pas prévalu en doctrine et en jurisprudence. Un savant jurisconsulte, M. Fœlix, a fait revivre ici une distinction que nous avons signalée déjà dans les œuvres de Boullenois entre les effets proprement dits et les suites des contrats. Cette distinction ayant été soutenue par des auteurs d'une grande autorité, nous devons consacrer une première section à son exposition et à sa réfutation avant d'appliquer notre principe général de la loi du contrat.

SECTION I.

Principe : on ne doit pas distinguer entre les effets et les suites du contrat.

Le système qui distingue entre les effets et les suites du contrat, et qui n'applique qu'aux effets proprement dits la loi du contrat, compte dans la doctrine des partisans nombreux et dont l'autorité est très grande. Merlin, Fœlix, Demangeat, Fiore, Rocco, Esperson, Lemonacco, Massé, Meyer adoptent cette distinction.

Voici comment cette doctrine est formulée par Fœlix

(tome I, p. 247) et par Fiore (n° 257, p. 422) : les effets des contrats sont ceux qui dérivent immédiatement de leur nature ou de l'exercice du droit créé par le contrat, ce sont les droits, les obligations que les parties ont eu l'intention de faire naître en contractant, ce sont ceux en considération desquels elles ont contracté ; ce sont les effets qui sont inhérents au contrat lui-même et qui y sont contenus en l'absence de toute stipulation des parties. Les suites du contrat sont, au contraire, les obligations ou les droits que la loi fait naître à l'occasion de l'exécution du contrat ou des droits créés par lui. Les suites ne sont pas inhérentes à l'acte lui-même; elles prennent naissance, après des événements postérieurs au contrat, après certaines circonstances spéciales dans lesquelles le contrat a placé les parties. Ce sont les effets accidentels qui naissent des faits survenus dans l'exécution de l'obligation. Cette distinction entre les effets directs et les suites des contrats n'est pas de la plus extrême simplicité, elle est même assez subtile, et les auteurs qui la soutiennent éprouvent quelque embarras à la bien préciser.

Nous ne pourrons l'exposer de façon à la faire comprendre, qu'en citant un certain nombre des exemples donnés par Fœlix et par Fiore. Voici en quoi consiste l'intérêt de cette distinction : Tout le monde admet que les effets directs du contrat sont régis par la même loi que le contrat lui-même. Rien de plus logique et de plus naturel, car, en contractant, le but des parties a été la réalisation des effets inhérents au contrat.

La loi à laquelle le contrat est soumis doit aussi gouverner les effets. L'intention des parties l'exige, et nous savons qu'en cette matière leur volonté est souveraine.

La présomption d'après laquelle on détermine la loi du contrat doit être la même pour le contrat et pour ses effets immédiats. Mais il n'en est ainsi, dit-on, que pour les effets proprement dits.

Les suites accidentelles du contrat ne sont pas soumises à la loi qui le régit. Leur loi, c'est celle du lieu où se produit le fait qui leur donne naissance. Elles sont plutôt le résultat de ces faits que du contrat lui-même. « En général, dit M. Fœlix (t. I, p. 249), les faits dont il s'agit se passent dans le lieu où le contrat reçoit ou doit recevoir son exécution, et, en conséquence, ce sera la loi de ce lieu qui sera applicable. »

Nous ne croyons pas que cette distinction soit exacte; elle présente d'abord un défaut capital que nous avons déjà signalé, elle est trop subtile. Les partisans n'ont pu réussir à trouver un critérium certain et facile à appliquer, ils ne s'entendent pas lorsqu'il s'agit d'appliquer leur système à la pratique et de discerner les effets d'un contrat de ses suites. L'un voit un effet direct et immédiat du contrat là où un autre ne voit qu'une suite accidentelle, les auteurs ne sont même pas d'accord en ce qui concerne les définitions des effets et des suites. Leur terminologie non plus n'est pas identique; au point de vue de ce que l'on doit entendre par effets directs du contrat, le même désaccord existe entre les jurisconsultes. D'après Fiore (n° 257), il ne faut pas confondre les effets directs du contrat avec ses éléments essentiels, sans lesquels il ne saurait exister. Les effets directs sont bien produits par le contrat en dehors de toute convention expresse, mais la convention peut les supprimer par une clause formelle. Au contraire, les éléments essentiels du contrat sont nécessaires à son

existence même; leur suppression changerait sa nature. Aussi, dans la vente, le transfert de la propriété est un élément essentiel, tandis que la garantie due par le vendeur n'est qu'un effet naturel et immédiat du contrat. Les parties peuvent la supprimer; elles peuvent stipuler que la perte de la chose sera toujours pour l'acheteur, sans que pour cela il soit dispensé du paiement du prix.

La même divergence éclate encore en ce qui concerne l'application de la théorie de la distinction des effets et des suites. En comparant les solutions diverses sur les questions les plus importantes, nous commencerons à montrer le peu de solidité qu'offre cette théorie. Pour cela, nous allons passer en revue rapidement les principaux effets des contrats, et spécialement de la vente, en cherchant à distinguer les effets immédiats des suites accidentelles.

La transmission de la propriété du vendeur à l'acheteur est un effet de la vente régi par la loi du contrat. En droit français, elle a lieu par le seul accord des parties contractantes. Lors donc que la vente se sera formée en France entre un Anglais et un Italien, la propriété sera immédiatement transférée à l'acheteur sans qu'il soit besoin de tradition.

Un autre effet, c'est l'obligation de garantie imposée au vendeur.

Tout le monde est d'accord pour voir dans ces résultats du contrat de vente des effets immédiats du contrat. Fœlix (t. I, pag. 257) va encore plus loin en disant que toutes les actions du vendeur et de l'acheteur sont des effets directs de la vente, et que partant, elles sont soumises à la même loi que le contrat. Ainsi d'après Fœlix, l'action en résolution du contrat est un effet direct de la

vente; car c'est un effet général des contrats en droit français, que chaque contractant peut demander la résolution du contrat lorsque l'autre partie manque à ses engagements.

Il le peut en vertu de la condition résolutoire que l'article 1184 sous-entend dans tous les contrats synallagmatiques. Rocco [1] soutient la même opinion et affirme que la résolution de la vente pour non paiement du prix, que la condition résolutoire tacite est une conséquence tellement essentielle des contrats bilatéraux que sans cet effet le contrat ne saurait exister, Merlin [2] abonde dans le même sens. Nous nous rangeons à cette doctrine, bien que d'autres auteurs, entre autres M. Laurent, admettent que certaines actions du vendeur et de l'acheteur ne sont que des suites et non des effets de la vente. En effet, il est contradictoire de considérer comme une suite accidentelle et imprévue une résolution qui a été prévue par les parties et qui est inscrite au contrat.

Nous arrivons à d'autres questions sur lesquelles on est en désaccord. Ainsi la rescision de la vente pour lésion n'est pas admise par toutes les législations. Il y a des législations qui admettent la rescision avec des conditions différentes des nôtres, et d'autres qui ne l'admettent dans aucun contrat, ainsi l'Angleterre, la Hollande, le Danemark.

La question est donc fort importante, et de nombreux dissentiments existent sur le point de savoir quelle législation il faudra consulter pour décider si un contrat est rescindable pour lésion.

[1] Rocco, part. III, cap. 10.

[2] Merlin, *Répertoire*, au mot *Effet rétroactif*, sect. III, § 3, art. 5 et 6.

Il est évident que la lésion a causé l'altération du consentement de la partie lésée; elle influe donc sur l'obligation de cette partie et doit être comptée parmi les conséquences directes du contrat.

Toutefois, il y a des dissentiments sur cette question, et même parmi les auteurs qui admettent que l'action en rescision est une suite du contrat, le désaccord existe sur le point de savoir quelle est la loi qui régira cette suite accidentelle.

Dans un premier système, on décide que c'est la loi de la situation de l'immeuble qu'il faut appliquer. La raison en est, dit-on, que l'action en rescision tendant à une revendication de l'immeuble doit être régie par le statut réel (Massé, *Droit commercial,* t. I, n° 654 et Fœlix, t. I, pag. 217). Cette doctrine est inadmissible. La lésion est absolument étrangère au statut réel, lequel embrasse les transferts de la propriété et l'ensemble des droits réels. Or, quel rapport y a-t-il entre les transferts de la propriété et la lésion? La lésion n'est autre chose qu'un vice du consentement, et elle est de même nature que les autres vices. La question de statut réel n'existe pas. On a vu là un rapport faux entre deux ordres d'idées, et on a été abusé par une illusion pure et simple.

Un deuxième système adopte la *lex fori.* Nous le rejetons également, car il ne s'agit ici ni d'une question de procédure, ni d'une question d'exécution du contrat.

M. Demangeat, le savant annotateur de Fœlix, a rejeté l'opinion de celui-ci; il croit que l'action en rescision pour lésion doit être régie par la loi personnelle du vendeur, car il s'agit de venir au secours d'une personne

qui s'est laissée entraîner par le besoin d'argent à une vente ruineuse. Cette troisième théorie consiste à assimiler le vice qui consiste dans la lésion au vice de l'incapacité. Donc un Français qui vend un immeuble en Angleterre, peut se prévaloir de la rescision pour lésion, et, à l'inverse, un Anglais, auquel sa loi nationale refuse la rescision, ne peut l'invoquer en France (Voir Demangeat, en note sur Fœlix, t. Ier, p. 217).

Nous croyons cette théorie inexacte, car lorsqu'une loi permet qu'une vente soit rescindée, elle entend protéger le libre consentement des parties, mais elle n'a pas égard à leur nationalité. Elle s'occupe de personnes capables. Il n'y a pas plus de rapport entre la lésion et l'incapacité qu'il n'y en a entre la lésion et l'organisation de la propriété. Seulement la lésion a beaucoup plus d'affinité avec les vices du consentement qu'avec l'incapacité. C'est à ces vices qu'il faut l'assimiler et on doit décider que la loi applicable sera la loi du contrat.

Nous dirons donc que le juge ne pourra admettre d'autres causes de rescision pour lésion que celles qui sont autorisées par la loi du contrat, et il devra les admettre si elles sont fondées dans cette loi. Ainsi, lorsque la loi du contrat accorde à l'acheteur comme au vendeur le droit de faire rescinder la vente pour lésion, l'action de l'acheteur devra être accueillie en France, nonobstant l'article 1683 du Code civil.

Remarquons d'ailleurs que M. Fœlix se contredit lui-même en rangeant, à la page 249, tome I, l'action en rescision pour lésion parmi les effets du contrat, tandis qu'aux pages 217 et 258, il en fait une suite, en disant qu'elle est régie par la loi de la situation de l'immeuble

et non par la loi du contrat. M. Demangeat, au contraire, plus conséquent avec lui-même, décide toujours que la question de rescision pour lésion doit être décidée par la loi personnelle du vendeur (pag. 217, note *a*, et pag. 250, note *a*, 1er vol.).

D'autre part, Fœlix (tome I, pag. 254) soutient que la demeure est une suite accidentelle du contrat; il croit que c'est là une conséquence indirecte du contrat. Nous croyons au contraire que les parties en contractant pensent au retard possible dans l'exécution des obligations, à la demeure, aussi bien qu'elles pensent à l'inexécution totale de l'une des obligations, d'où résulte l'action en résolution que M. Fœlix range parmi les effets directs du contrat. L'obligation aux dommages-intérêts née du retard dans l'exécution est une conséquence du contrat au même titre que l'action en résolution née du défaut total d'exécution; on ne peut pas voir dans l'une un effet direct et dans l'autre une suite du contrat. Il faut les soumettre toutes les deux à la loi du contrat. D'ailleurs le Code civil semble bien indiquer que la demeure se rattache directement au contrat; c'est dans la même série de textes que le législateur règle l'exécution de l'obligation et la demeure (art. 1142, 1146, 1147). La théorie de Fœlix se trouve donc en contradiction avec les textes du Code civil. Soumettre la résolution à la loi du contrat et la demeure à la loi du lieu où elle se produit, c'est diviser une chose indivisible, c'est mettre les parties en contradiction avec elles-mêmes, c'est scinder leur volonté, leur contrat.

Les partisans de la distinction que nous exposons essayent cependant de justifier leur théorie. Ils disent que si les effets du contrat sont régis par la même loi

que le contrat lui-même, c'est que les parties ont pensé nécessairement à ces effets lorsqu'elles ont conclu la convention, tandis que les suites accidentelles du contrat n'ayant pas attiré aussi vivement leur attention, il n'est pas injuste de les soumettre à une loi autre que celle du contrat lui-même. Toutefois, ici encore, l'accord est loin d'être parfait entre les partisans de ce système, et certains d'entre eux se montrent moins affirmatifs les uns que les autres.

Ce motif n'est réellement pas sérieux; souvent l'attention des parties se portera plus vivement sur ce qu'on appelle une suite accidentelle que sur un effet direct du contrat; on ne peut pas dire qu'en contractant elles pensent à tous les effets directs du contrat et qu'elles ne songent nullement à ses conséquences accidentelles. La limite qui sépare les suites des effets est, d'ailleurs, presque toujours indécise; donc la distinction est peu logique. Elle a conduit Fœlix à donner deux solutions différentes en matière de rescision pour lésion et en matière de résolution du contrat pour inexécution des engagements. Dans cette théorie, on sépare les conséquences des contrats qui sont la suite nécessaire les unes des autres et qui sont indivisibles.

Nous voulons établir directement notre système et prouver que tous les effets, toutes les suites, toutes les conséquences du contrat, doivent être régis par la loi à laquelle il est soumis.

Rocco, à propos des effets du contrat, expose les principes sur lesquels s'appuie notre système. La volonté des parties est une, dit le jurisconsulte napolitain; il faut en conclure, qu'une seule loi doit régir tous les effets du contrat qu'elle a formé. Il ne peut en être ainsi que

dans notre système. En effet, le principe dominant, c'est la liberté des conventions. La loi qui régit le contrat, c'est celle à laquelle se sont référés les contractants; on la détermine en recherchant leur intention probable. Cette loi unique doit régir tous les effets du contrat. Si au contraire on admet que les effets du contrat sont régis par la loi du lieu où ils se réalisent, il en résultera que ces effets pourront être soumis à des lois diverses, lorsqu'ils se seront produits dans des pays régis par des lois différentes, et que les parties auront eu des volontés contradictoires. Une telle solution est contraire à l'unité de la volonté des parties, à l'homogénéité des contrats.

Mais cette considération que Rocco[1] n'applique qu'aux effets directs du contrat, pourquoi ne l'étendrait-on pas à ses suites accidentelles?

Où est la raison de la différence? Les suites et les effets, dont la distinction n'est d'ailleurs guère précise, ne sont-ils pas des conséquences du contrat? Qu'importe que les effets soient des conséquences plus directes, des conséquences nécessaires? Les suites comme les effets découlent du contrat, leur principe se trouve dans le contrat, sans lequel elles ne se seraient pas produites. Il faut maintenir jusqu'au bout l'unité des conventions, il faut que la volonté des parties soit une; il n'en sera ainsi que si toutes les conséquences du contrat, ses effets et ses suites, sont régis par la même loi que le contrat lui-même.

Nous croyons donc qu'il faut rejeter la distinction célèbre des effets et des suites du contrat, et décider que toutes les conséquences du contrat sont soumises à la loi

[1] Rocco, *Delle leggi delle due Sicilie*, liv. III, chap. VIII et IX.

qui gouverne la convention elle-même. Toutefois, il ne faut pas exagérer cette solution et lui donner une portée qu'elle n'a pas dans notre pensée. Lorsque nous disons que les effets et les suites doivent être régis par la même loi que le contrat, nous n'entendons évidemment parler que des suites qui se rattachent au contrat. Toutes les suites du contrat, quelque éloigné que soit le rapport qui les rattache au contrat, quelque faible que soit le lien qui les unit, toutes, disons-nous, sont soumises à la loi du contrat, et il en est ainsi toujours, sans que l'on doive rechercher si lors du contrat, les parties ont pu ou dû prévoir les suites, les conséquences de leur convention. Mais nous n'étendrons pas cette décision à ces suites accidentelles, qui n'ont aucun rapport avec la convention des parties, qui en sont absolument indépendantes. Dans ces hypothèses on pourra appliquer la loi du lieu où se passe le fait qui donne naissance à l'obligation. Ainsi supposons un prêt à usage, un commodat. L'article 1890 décide que, si pendant la durée du prêt l'emprunteur a été obligé, pour la conservation de la chose, à quelque dépense extraordinaire, nécessaire et tellement urgente qu'il n'ait pas pu en prévenir le prêteur, celui-ci sera tenu de la lui rembourser. Cette suite du prêt ne se rattache en aucune façon au contrat lui-même; aucun lien n'unit cette obligation du prêteur à la convention intervenue entre l'emprunteur et lui. Cette obligation n'a pas sa cause dans le contrat; l'action de l'emprunteur est née du principe d'équité qui ne permet pas au prêteur de s'enrichir à ses dépens. Ce que nous venons de dire à propos du prêt à usage peut être étendu au contrat de dépôt. En dehors de cette limitation à notre théorie, le principe reste absolu : tous les effets, toutes les suites

éloignées ou prochaines du contrat qui se rattachent à lui par un rapport quelconque, sont soumises à la loi qui régit le contrat. Il pourrait paraître suffisant de poser ce principe. Néanmoins comme des difficultés assez nombreuses ont été soulevées dans l'application aux divers effets des contrats, nous devons étudier les principales applications de la règle que nous avons posée.

SECTION II.

Application de la loi du contrat à tous ses effets.

Nous avons dans cette section à montrer comment la loi du contrat doit s'appliquer à tous ses effets, sans distinguer entre les effets et les suites. Nous allons appliquer notre principe aux espèces qui ont soulevé les plus vives difficultés.

§ 1.

Application à l'exécution et à l'inexécution totale des contrats.

L'article 1136 du Code civil décide que l'obligation de donner emporte celle de livrer la chose. Le débiteur

d'une obligation de donner est donc tenu de livrer la chose au créancier; mais il peut y avoir conflit de lois sur la manière dont doit se réaliser le transport de la propriété. Ainsi certaines législations restées fidèles aux principes du droit romain admettent que la transmission de la propriété ne s'opère que par la tradition. D'autres lois au contraire, et parmi elles notre Code civil, décident que la propriété se trouve transférée par le seul consentement des parties (art. 1138). Dans cette hypothèse, il importe de savoir quelle loi doit régir cet effet du contrat. Puisque nous avons décidé que tous les effets du contrat doivent être soumis à la loi qui le régit, nous appliquerons le même principe pour le transport de la propriété. Cependant cette règle souffre une exception. En effet, les lois de certains pays ont établi le principe de la publicité pour les transactions immobilières dans l'intérêt des tiers. Ces lois étant d'ordre public recevront leur application, quelle que soit la nationalité des parties contractantes, quelle que soit par conséquent la loi du contrat. C'est ainsi que si un immeuble situé en France est vendu à l'étranger, la vente ne sera parfaite à l'égard des tiers que par la transcription; mais la question de savoir si une tradition est nécessaire ou non, sera résolue par l'application de la loi du contrat.

Dans la vente, le vendeur s'oblige à livrer la chose; mais jusqu'à la livraison à qui vont incomber les risques?

Pas de difficulté, la perte est pour le créancier. La solution est la même en droit français qu'en droit romain, bien que nous n'exigions plus la tradition pour que l'acheteur soit propriétaire. Par des motifs différents, cette solution est admise dans toutes les législations. Il y a

divergence, au contraire, lorsque l'obligation est conditionnelle; notre Code civil (art. 1182) ne distingue pas suivant que la perte est partielle ou totale; il la met toujours à la charge du débiteur; le droit romain, au contraire, ainsi que les législations qui y sont conformes, ne met que la perte totale à la charge du débiteur. Dans ce cas, il faudra trancher encore la question en appliquant la loi qui régit le contrat.

C'est encore la loi du contrat qui régit l'obligation que l'article 1136 impose au débiteur de conserver la chose jusqu'à la livraison; c'est elle qui détermine de quelles fautes il répond, quels soins il doit donner à la chose. La responsabilité s'appréciera donc d'après la loi du contrat. Ainsi dans l'hypothèse du contrat de transport, ce sera la loi qui régit le contrat qui déterminera en même temps la responsabilité du voiturier. Nous en avons vu un exemple remarquable dans le chapitre précédent; un contrat de transport intervient dans une colonie anglaise entre un Anglais et un Français; la loi du contrat est la loi anglaise. Le navire sur lequel s'effectue le transport fait naufrage; on apprécie la responsabilité de la compagnie et la faute du capitaine d'après la loi du contrat, dans l'espèce d'après la loi anglaise.

Nous appliquerons encore la loi du contrat à l'inexécution de l'obligation et aux conséquences de cette inexécution : pour cela distinguons l'inexécution proprement dite du retard apporté dans l'inexécution et qui constitue une inexécution partielle.

Lorsque l'une des parties a manqué à ses engagements, lorsque par exemple elle n'a pas livré la chose qu'elle

avait promise, son obligation se transforme en obligation de dommages-intérêts. Cette conséquence du contrat et de son inexécution est régie par la loi même du contrat. Ainsi prenons l'exemple d'un contrat de dépôt; le dépôt a été formé en France et les parties ont stipulé que la restitution devrait se faire dans un autre pays. Dans cette hypothèse, et en supposant que la loi française soit la loi du contrat, il faudra décider, conformément à l'article 1942, que le dépositaire sera tenu de transporter la chose déposée au lieu indiqué par le contrat et aux frais du déposant; il est tenu de la responsabilité que lui imposent les articles 1927, 1928 et suivants. Si l'héritier du dépositaire, ignorant le dépôt, a vendu de bonne foi la chose qui formait l'objet de ce contrat, il faudra encore appliquer aux conséquences de cet acte la loi du contrat, la loi française dans l'espèce, et décider avec notre article 1935 que cet héritier n'est tenu que de rendre au déposant le prix qu'il a reçu de la chose, ou de lui céder ses actions contre l'acheteur. On ne devrait pas dans cette hypothèse appliquer, au lieu de la loi du contrat, la loi du lieu où la chose devait être restituée, loi qui pourrait obliger l'héritier du dépositaire à indemniser le déposant de l'inaccomplissement des obligations nées du contrat. Cette règle s'applique aux obligations de faire comme aux obligations de donner.

Lorsqu'il s'agit d'apprécier le montant des dommages-intérêts compensatoires dus en raison de l'inexécution du contrat, d'estimer en argent le préjudice causé au créancier par le défaut d'exécution, le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*, c'est encore à la loi du contrat qu'il faut se référer et non à la loi du lieu où la chose devait être

livrée. En effet, si le débiteur est tenu à des dommages-intérêts, c'est en raison du contrat, c'est parce qu'il n'a pas rempli ses engagements. L'obligation aux dommages-intérêts compensatoires étant un effet, une suite du contrat, se rattachant à la convention, il faut décider, conformément à notre principe, qu'elle est soumise à la loi du contrat.

§ 2.

Application du principe à l'exécution tardive du contrat.

Étudions maintenant quelle loi régit les effets du retard apporté dans l'exécution de l'obligation.

Lorsque le débiteur apporte un retard injuste dans l'exécution de l'obligation, on dit qu'il est en demeure, et cette situation a pour lui des conséquences graves. A partir de ce jour, les risques de la chose sont à sa charge; la perte fortuite pendant la demeure pèse sur le débiteur; la demeure a encore pour effet de faire courir les intérêts moratoires. Il importe donc, soit pour savoir quels seront les effets de la demeure, soit pour connaître dans quels cas le débiteur sera constitué en demeure, de rechercher et de déterminer par quelle loi sera régie la demeure.

La question est importante en ce qui touche la détermination des faits qui mettent le débiteur en demeure; sur ce point, il y a divergence entre les diverses législations. Aussi, lorsqu'une obligation est contractée à terme, le débiteur est-il constitué en demeure par la seule échéance du terme, ou faut-il pour cela un acte du créancier, une sommation, une interpellation?

En droit français, le débiteur n'est pas en demeure par la seule échéance du terme; à moins qu'il n'y ait dans le contrat une clause formelle à cet égard. D'autres législations, au contraire, peuvent édicter une décision inverse et consacrer la maxime : *Dies interpellat pro homine.*

Quelle loi régira donc la demeure? Fœlix (p. 254) la range parmi les suites accidentelles des contrats et la soumet en conséquence à la loi du lieu où elle intervient. Fiore (n° 268, pag. 435) donne la même solution; la demeure est soumise, dit-il, à la loi du lieu indiqué pour le paiement parce qu'elle appartient au mode d'exécution; ce sera la loi du lieu du paiement qui décidera si la demeure peut se réaliser par la seule échéance du terme, et alors pour les auteurs qui distinguent entre les effets et les suites, et qui soumettent à la loi du lieu de l'exécution la demeure qu'ils considèrent comme une suite accidentelle se pose la question de savoir quel est le lieu de l'exécution. Ils doivent rechercher si l'exécution doit se faire au domicile du créancier ou au domicile du débiteur.

Fiore (pag. 435) en cite un exemple intéressant. Il suppose qu'un négociant fait voyager un de ses employés pour recevoir des commissions et s'oblige à envoyer les marchandises en consignation. Le vendeur a-t-il accompli son obligation au moment où il expédie les marchandises, au moment où il les remet aux entrepreneurs de transport, sans que pour cela il soit nécessaire que les marchandises soient arrivées à destination?

S'il en est ainsi, et telle est l'opinion de Savigny, il faut dire que la demeure se réalise au domicile du vendeur, et qu'elle est régie par la loi en vigueur dans ce lieu. En effet, dit M. de Savigny, cette solution est com-

mandée par les textes du droit romain. Le § 3 aux Institues (*De emptione,* III, 23) décide que dès l'instant où la vente a été conclue, et avant toute tradition, la perte de la chose par cas fortuit est à la charge de l'acheteur; et la loi 12, § 1 (D. *Depositi,* XVI, 3) décide que lorsque le débiteur a promis de livrer une chose mobilière, le créancier ne peut la demander que dans le lieu où cette chose se trouve.

D'autres auteurs soutiennent, au contraire, que le négociant vendeur n'a rempli son obligation qu'au moment où les marchandises par lui expédiées sont parvenues à l'acheteur. En effet, dit-on, il s'est obligé à les consigner, à les faire tenir à l'acheteur. Son obligation n'est accomplie que lorsque l'acheteur est saisi des marchandises. Le fait de les expédier ne constitue qu'un des éléments de l'exécution, un fait préparatoire de l'exécution. Telle fut la décision admise par le tribunal de New-York dans une affaire curieuse citée par M. Fiore (page 437). Mais l'opinion de Savigny fut consacrée par la Cour d'appel de New-York, qui réforma la sentence des premiers juges.

Dans notre système, la solution est beaucoup plus simple. Elle ne soulève pas de questions subsidiaires. La demeure est une faute du débiteur, qui a manqué aux obligations par lui contractées. C'est donc un effet du contrat. Elle a sa source dans le contrat, elle doit être soumise à la loi qui régit la convention et il n'y a pas lieu de rechercher à ce point de vue dans quel lieu l'obligation devait être exécutée.

La loi du contrat qui détermine les cas où existe la demeure, règle aussi les effets de la demeure. Parmi ces effets, il en est un important. Quand le débiteur est

en retard, il doit réparer le préjudice qu'il cause au créancier, il lui doit des dommages-intérêts. Lorsque la dette est d'une somme d'argent, les dommages-intérêts moratoires consistent dans le paiement des intérêts au taux légal. Dans le système qui fait régir la demeure, suite accidentelle du contrat, par la *lex loci solutionis,* on décide que cette même loi fixe le taux des intérêts moratoires. Pour nous, au contraire, nous croyons que leur taux doit être réglé par la loi du contrat, puisque la demeure est une conséquence de la convention et qu'elle a sa cause dans le contrat lui-même.

§ 3.

Application du principe aux intérêts conventionnels.

L'obligation de payer les fruits civils, de servir les intérêts est un effet ordinaire de tout contrat qui renferme l'obligation de payer une somme d'argent. Le créancier stipule presque toujours des intérêts du débiteur en raison de l'usage que celui-ci a du capital. Quelle est la loi qui, dans le silence des parties, détermine le taux des intérêts qu'elles ont stipulés?

Tous les auteurs admettent que ce taux est un effet direct du contrat, et cependant ils ne s'accordent pas lorsqu'il s'agit de fixer quelle loi détermine le taux des intérêts. Les uns disent que cette loi est celle en vigueur dans le lieu où le contrat s'est passé, d'autres que c'est la loi du lieu où le paiement doit être effectué.

Fœlix (page 251, 1[er] vol.) n'adopte pleinement aucun de ces deux systèmes. Il les adopte tous les deux en partie; c'est la loi du lieu du contrat, quand les parties

n'ont pas indiqué le lieu du paiement; si au contraire, elles l'ont indiqué, le taux est fixé par la loi de ce lieu.

M. Fiore (n° 262, p. 428) pose en principe que le taux de l'intérêt doit être fixé suivant l'intention probable des parties. C'est ainsi qu'il constitue les deux textes romains qui embarrassaient si fort Boullenois. Il admet tantôt la loi du lieu où le contrat a été formé en se basant sur la loi 1 au Dig., *De usuris* (XXII, 1); tantôt la loi du lieu du paiement avec la loi 3 au Dig. 1 *De rebus auct. jud. possid.,* XLII, 5), suivant que telle aura été l'intention probable des parties. Nous avons vu que Boullenois, au contraire, donnait dans tous les cas une même solution. Le taux des intérêts devait toujours, suivant lui, être régi par la loi du lieu où le contrat s'était formé.

En résumé, nous voyons réapparaître ici les controverses que nous avons exposées au sujet de la loi du contrat. Les auteurs, reconnaissant tous aux intérêts le caractère d'effets directs du contrat, s'accordent à décider qu'ils sont régis par la loi de ce contrat, mais ils ne s'entendent plus lorsqu'il s'agit de déterminer quelle est cette loi. Nous croyons qu'il faut ici encore appliquer la loi du contrat, telle que nous l'avons fixée dans notre premier chapitre. Cette loi sera donc la loi personnelle des parties quand elles auront la même nationalité. Dans le cas contraire, ce sera la loi du lieu du contrat, mais ce ne sera jamais celle du lieu du paiement.

La seule question est de savoir si le lieu du contrat est celui où les parties ont échangé leurs consentements ou bien le lieu de la numération des espèces. Dans une opinion assez répandue, on soutient que le prêt de consommation est un contrat réel comme le *mutuum* en

droit romain, et que, s'il exige comme tout contrat un accord de volontés, une convention, il n'est cependant définitivement formé qu'au moment de la tradition des écus : « *Contractùm autem non utique eo loco intelligitur quo negotium gestum est, sed quo solvenda est pecunia* » (loi 3, Dig., *De rebus auct. judic. possid.,* lib. XLII, titre V). Dumoulin donnait également la même raison : « *Quia quis censetur potiùs contrahere in loco in quo debet solvere, quam in loco ubi fortuite contraxit* » (*Comm. ad cod.,* tom. I, p. 554).

Cette théorie n'est pas exacte : tous les contrats sont consensuels sous l'empire du Code civil. Il faudrait un texte formel pour décider que le contrat de prêt ne se forme que par la numération des espèces. Toutefois, il y a dans cette théorie quelque chose de vrai, surtout au point de vue du taux des intérêts. La loi à laquelle se réfèrent les parties en contractant, c'est la loi du lieu où les espèces doivent être comptées, où l'argent prêté doit être employé. En effet, l'intérêt est le prix du risque de l'argent, le taux doit varier avec l'état du crédit. Ce taux doit donc être fixé d'après la loi du pays où la somme prêtée est comptée, où elle est employée par l'emprunteur. Aussi, lorsqu'un Français prête une certaine somme à un autre Français pour une entreprise civile en Algérie, ils peuvent soumettre leur contrat à la loi de 1881 et stipuler, en matière civile, l'intérêt au taux de 6 pour cent, et lorsqu'ils ont fait dans ces conditions un prêt à ce taux sans déclarer qu'ils se soumettent à la loi spéciale à l'Algérie, on doit néanmoins le supposer et valider cette promesse d'intérêts, car c'est en Algérie que les fonds doivent être mis en œuvre, le taux doit être fixé d'après la rareté du numéraire et

les risques à courir. Le prêt est donc, d'après l'intention des contractants, régi par la législation algérienne. Voici, d'ailleurs, une espèce intéressante, sur laquelle la jurisprudence a statué : Deux commerçants français, établis à Rio-de-Janeiro, avaient un commissionnaire à Briançon, le sieur Bonniard; il intervint entre eux, le 31 décembre 1858, un règlement qui constituait Bonniard créancier des frères Colomb, résidant à Rio, d'une somme de 200,000 francs. Dans le même acte, le créancier déclarait leur abandonner cette somme à titre de prêt avec intérêts, au taux de 9 pour cent, taux légal au Brésil. Un procès s'étant élevé, les emprunteurs ont demandé la réduction de l'intérêt au taux de 6 pour cent, soutenant que le prêt, ayant été fait en France entre Français, devait être régi par la loi de 1807. — Quel était dans l'espèce le lieu du contrat? — La convention avait bien été réalisée en France, mais le prêt lui-même avait pris naissance au Brésil. Les sommes prêtées venaient du commerce pratiqué à Rio par les frères Colomb. Le capital se trouvait à Rio; il y restait à titre de prêt; il devait donc produire l'intérêt en usage au Brésil, car il était exposé à tous les risques spéciaux à ce pays. Si Bonniard, au lieu de laisser les 200,000 francs aux frères Colomb à titre de prêt, les avait prêtés à un autre négociant de Rio, il aurait pu en retirer l'intérêt admis par la loi du Brésil, et qui est de 9 pour cent en matière civile et de 12 pour cent en matière commerciale. Il doit en être de même dans l'espèce, puisque le risque couru est le même. Bonniard prête les sommes qui doivent être employées au Brésil. Le taux licite de l'intérêt doit être fixé par la loi de ce pays,

eu égard à la rareté du numéraire et les risques à courir.

Cette solution a été admise par la Cour de Grenoble. L'arrêt fut suivi d'un pourvoi en cassation. Le pourvoi admis par la Chambre des requêtes fut rejeté par la Chambre civile qui confirma l'arrêt de la Cour de Grenoble. Voici l'un des considérants de l'arrêt de la Cour de cassation du 21 décembre 1874 (Sirey, 75. 1. 78). « Attendu, en droit, que la loi du 3 septembre 1807 ne régit les contrats de prêt d'argent qu'autant que le prêt a été réalisé en France; attendu, en fait, que si la convention de 1858 a été consentie en France, le prêt dont elle réglait les conditions n'était réalisé qu'au Brésil, que là se trouvait, entre les mains des frères Colomb, la somme due à Bonniard par suite de ses opérations antérieures comme commissionnaire desdits frères, et qu'il consentait à leur prêter; que le prêt s'est aussi trouvé régi, quant au taux de l'intérêt, par la loi brésilienne. »

La même question est intéressante à étudier en ce qui concerne les prêts effectués à la suite d'une ouverture de crédit. On se demande dans cette hypothèse quel est le lieu du contrat lorsque les sommes ont été versées dans des endroits différents. Faut-il considérer chaque prêt individuellement et le déclarer soumis à la loi du lieu où il s'est réalisé, ou, au contraire, ne considérer tous les prêts, en quelque endroit qu'ils se soient effectués, que comme constituant une opération unique, et les soumettre tous à la loi du lieu de l'ouverture du crédit? En faveur de cette dernière solution, on peut argumenter de l'unité des contrats, de leur indivisibilité, mais ce n'est là qu'une question de principe. La difficulté est justement de savoir s'il y a une opération unique, ou plusieurs opérations distinctes. Nous croyons qu'il y a dans

ce cas plusieurs opérations distinctes. L'ouverture de crédit en elle-même et prise isolément constitue un contrat, elle donne naissance à d'autres opérations, mais chacun des prêts constitue un contrat différent. Il se passe ici quelque chose d'analogue à ce que nous avons vu à propos du mandat. Il y a d'abord le contrat de mandat qui intervient entre le mandant et le mandataire, puis les divers contrats réalisés en des lieux différents en exécution du mandat et qui interviennent entre le mandataire et des tiers. Une ouverture de crédit émane d'un banquier de Paris, le crédité fait des affaires en Angleterre et en Italie; la loi anglaise sera applicable aux billets souscrits et négociés à Londres, et la loi italienne aux billets souscrits à Gênes ou à Turin (Chambéry, 19 février 1875, Sirey, 1876. 2. 174).

La même question de la fixation du taux des intérêts se pose aussi en ce qui concerne les intérêts légaux. Ces intérêts sont liés au fait juridique à raison duquel la loi les accorde. Le juge devra donc allouer les intérêts d'après la loi qui régit le fait juridique.

Ainsi la tutelle avec toutes ses dépendances forme un statut personnel et les garanties auxquelles un mineur a droit, sont réglées par la loi nationale de ce mineur. Aux termes de l'article 474 de notre Code civil, la somme à laquelle s'élève le reliquat du compte de tutelle porte intérêt sans demande en justice, à compter de la clôture du compte. Le taux de ces intérêts est le taux légal de 5 pour cent fixé par la loi du 3 septembre 1807, mais ce taux n'est applicable aux intérêts des reliquats dus par les tuteurs que lorsque leur tutelle est régie par le Code civil français.

Inversement le tuteur du mineur étranger doit les in-

térêts au taux de la loi nationale du mineur, quoiqu'il dépasse le taux légal en France.

D'après notre législation française, ce n'est que dans des cas exceptionnels que les intérêts courent de plein droit en vertu de la loi, et sans stipulation des parties; de droit commun, il faut pour les faire courir une stipulation expresse ou une demande en justice (article 1907). Mais, il y a sur ce point, des législations différentes de la nôtre. Dans certains pays, la loi déclare que toute somme sujette à restitution produit des intérêts, sans qu'il soit besoin pour cela d'une stipulation expresse.

D'après quelle loi faudra-t-il décider si une stipulation est nécessaire pour faire courir les intérêts? Il faut se référer pour cela à la loi du contrat, car elle régit tous les effets qu'il peut produire.

Nous en aurions fini avec la théorie des intérêts si nous n'avions encore à étudier une question spéciale. Lorsque des intérêts ne courent qu'en vertu d'une demande en justice, faut-il leur appliquer la loi du contrat ou la loi du pays où le procès est jugé : *la lex contractùs* ou la *lex fori?*

Un arrêt de la Cour d'Aix du 14 janvier 1825 (Sirey, 1826. 2. 66) a décidé que les intérêts qui courent pendant l'instance sont nés d'une cause nouvelle, de la demande en justice qui a opéré novation de la première obligation. Cette nouvelle obligation a pris naissance au lieu où la demande a été introduite; elle doit être régie par la loi de ce lieu. Le tribunal français ne devra donc allouer des intérêts depuis le jour de la demande introduite devant lui qu'au taux de la loi de 1807. Cette décision a été consacrée de nouveau par un arrêt de la Cour de Bordeaux du 22 août 1865 (Dalloz, 1866. 2. 223).

Nous ne croyons pas que la demande en justice ait pour effet de produire cette novation. Lorsque le créancier cite son débiteur en justice pour prendre un jugement contre lui, il cherche à garantir l'intégrité de ses droits; loin de vouloir diminuer leur étendue, il veut augmenter ses sûretés. D'ailleurs, il est de principe dans notre droit que la demande en justice n'opère pas novation; ce sont les anciens intérêts qui continuent à courir au même taux qu'auparavant (Cass., 11 juin 1857, *Journal du Palais*, 1857, pag. 934).

Un savant magistrat a proposé une autre distinction. Il faut, dit-il, envisager deux hypothèses : lorsque l'intérêt supérieur au taux français a été stipulé jusqu'au moment du parfait remboursement, sans limiter l'époque à laquelle le capital devait être payé, dans ce cas les intérêts sont dus au taux fixé par la convention jusqu'au paiement, alors même que ce paiement n'aurait été effectué qu'à la suite d'une demande en justice. Lorsqu'au contraire l'intérêt supérieur au taux de la loi de 1807 n'a été stipulé limitativement que jusqu'à l'époque déterminée pour le remboursement, il se produit alors au moment de l'échéance une obligation nouvelle qui doit être régie par la loi du pays dans lequel on demande aux tribunaux d'en assurer l'exécution (Paul Pont, *Petits contrats*, n° 271).

Nous rejetons cette distinction comme nous avons rejeté la doctrine de la Cour d'Aix. Il importe peu que les parties aient stipulé des intérêts jusqu'à parfait paiement, ou qu'elles ne l'aient fait que jusqu'au jour désigné pour le remboursement.

Dans les deux cas leur intention a été la même. Le créancier a voulu que les intérêts convenus lui soient servis jusqu'à son parfait désintéressement.

Rejetant ces deux distinctions, nous décidons que les intérêts postérieurs à la demande courent au taux fixé par la convention comme ceux qui sont échus avant l'introduction de l'instance. C'est d'ailleurs cette opinion qui a été consacrée par un arrêt de la Cour suprême en date du 10 juin 1857 et dont nous ne pouvons mieux faire que de reproduire les termes (Sirey, 1859. 1. 753) : « Il n'y a pas de différence à établir entre les intérêts réglés par la convention, échus antérieurement à la demande, et ceux échus postérieurement; en effet, si les tribunaux français ne doivent pour les intérêts moratoires accorder que les intérêts fixés par la loi française, il n'en doit pas être ainsi, lorsque les intérêts ont couru par la force de la convention, et depuis la création au taux fixé par les parties, et, dans ce cas, ils doivent courir aussi jusqu'au paiement. Il n'y a pas lieu de faire une distinction qui serait une violation de la convention. »

§ 4.

Application du principe à la confirmation.

Fœlix, appliquant ici sa distinction des effets et des suites, déclare que la confirmation n'est qu'une suite accidentelle du contrat et que par conséquent elle est soumise, non pas à la loi du contrat, mais à la loi du lieu où se réalise la confirmation.

La loi du lieu doit être appliquée certainement à la forme de l'acte qui contient la confirmation, à l'acte confirmatif en vertu de la règle *locus regit actum,* mais doit-il en être de même du fait juridique de la confirmation?

Pour répondre à cette question, il importe avant tout

de préciser ce que l'on entend par la confirmation. Elle ne doit pas être confondue avec la ratification dont nous avons parlé dans notre premier chapitre. La confirmation est l'acte par lequel la partie contractante, dont le consentement se trouve vicié, efface la cause de nullité qui affectait le contrat. Elle suppose un contrat affecté d'un vice qui le rend annulable. Tant que ce contrat n'a pas été annulé par la justice, il produit tous ses effets, mais la partie victime du dol, de la violence ou de l'erreur, la partie qui a contracté en état d'incapacité, conserve le droit d'en demander la nullité pendant dix ans depuis la cessation du vice. Le contractant qui a l'action en nullité peut s'en dépouiller en confirmant le contrat; il peut lui faire produire ainsi tous ses effets par une confirmation expresse. La confirmation est tacite lorsque cette partie contractante a laissé passer dix ans sans agir en nullité.

Une fois la confirmation réalisée, elle disparaît. Il n'y a plus que le contrat primitif purgé du vice qui l'affectait et qui le soumettait à une action en nullité. Ce contrat s'était formé au moment de l'échange des consentements. Lorsque la confirmation efface le vice dont il était entaché, son effet rétroagit au moment du contrat. Celui-ci est censé avoir toujours été pleinement valable; la confirmation réalisée se confond donc avec le contrat lui-même. Mais pour que la confirmation s'anéantisse ainsi dans le contrat préexistant, lorsqu'elle a produit son effet, il faut qu'elle ait eu une existence juridique, qu'elle ait pu produire un effet. En d'autres termes, la confirmation est un acte distinct du contrat primitif au point de vue de sa formation, de son existence. Ce n'est qu'après sa naissance qu'elle se fond dans le contrat, mais les conditions

de validité nécessaires à sa formation doivent être examinées indépendamment du contrat principal.

C'est là une de ces conséquences du contrat qui ne prennent naissance que par un fait juridique postérieur et indépendant du contrat lui-même. Il faut en conclure que la confirmation n'est pas régie par la même loi que le contrat. Cette solution est commandée d'ailleurs par la différence de nature qui existe entre le contrat et la confirmation. Le contrat est un acte bilatéral exigeant le concours de deux volontés, tandis que la confirmation est un acte unilatéral. Or, les règles ne sont pas les mêmes pour déterminer la loi des contrats et celle des actes unilatéraux.

Les contrats, en l'absence de clause formelle de la convention, sont régis par la loi nationale des parties lorsque celles-ci ont la même nationalité. Dans le cas contraire, ils sont soumis à la loi du lieu où ils se sont formés, tandis que les actes unilatéraux, dans lesquels une seule personne manifeste sa volonté, sont régis par la loi nationale de celui qui a fait l'acte. Si donc un contrat entaché de nullité a été fait en Angleterre par un Français mineur et un Anglais, la loi du contrat est la loi anglaise. Lorsque le mineur français devenu majeur viendra confirmer le consentement par lui donné pendant sa minorité, cette confirmation sera régie par la loi française.

On ne peut donc pas, à moins de tomber dans une contradiction formelle, décider que la confirmation doit être régie par la loi du contrat, puisque ces deux actes n'ont pas la même nature, et que les règles qui servent à déterminer par quelle loi ils doivent être régis sont différentes.

Fœlix (t. I, p. 258), Merlin (*Répertoire,* v° *Effet*

rétroactif, sect. III, § 3, art 7) et M. Massé (*Droit commercial,* t. I, p. 487, n° 586) soutiennent cette théorie lorsqu'ils admettent que la confirmation n'est pas une conséquence directe du contrat soumise à la loi qui le régit, que c'est un fait postérieur distinct du contrat, et dont les conditions d'existence doivent être indépendantes de celles du contrat. Mais nous ne partageons plus leur opinion lorsqu'ils décident que la confirmation doit être régie par la loi du lieu où elle est est intervenue. C'est le contrat confirmé qui est régi par la loi du lieu où les parties ont contracté, tandis que la confirmation est régie par la loi nationale de l'une des parties, celle qui confirme. Il y a donc deux lois différentes pour un seul et même contrat.

Nous avons réfuté, dans notre premier chapitre, la théorie qui consiste à appliquer aux actes, dans le silence des parties contractantes, la loi du lieu où ils ont été réalisés. Lorsque nous avons recherché quelles présomptions devaient déterminer la loi des contrats, nous avons accordé la prépondérance au statut personnel, à la loi nationale des parties; et spécialement en ce qui concerne les contrats unilatéraux à titre gratuit, nous avons établi qu'ils devaient toujours être soumis à la loi nationale de la partie de laquelle ils émanent. La théorie est la même pour la confirmation, qui est un acte unilatéral. Nous ne reviendrons pas sur cette démonstration.

§ 5.

Application du principe à la résolution des contrats et à la révocation des donations.

Fœlix (t. I, pag. 256, nos 111, 112, 1er vol.) applique en cette matière sa distinction entre les effets directs et les suites des contrats, et il décide, comme le faisait déjà Merlin, que si les actions en résolution, rescision et révocation ont leur racine dans le contrat lui-même, ce sont des effets du contrat régis par la même loi. En effet, les vices qui entachent le contrat de nullité font partie du contrat; ils s'identifient avec lui. Les actions en nullité, en rescision nées de ces vices sont donc régies par la loi du contrat, et il en est de même des causes de révocation et de réduction, lorsqu'elles sont inhérentes au contrat. Fœlix cite comme exemple la condition résolutoire insérée dans le contrat et qui, certainement, fait corps avec lui. Jusque-là la doctrine de Fœlix est logique, mais elle cesse de l'être, lorsqu'il prétend que certaines actions en résolution ne sont que des suites accidentelles du contrat. Nous ne reviendrons pas sur notre réfutation générale du système de Fœlix, nous nous contenterons simplement de montrer que les actions en résolution sont toujours des effets directs du contrat, qu'elles ont toujours leur racine dans la convention et que même en admettant la théorie générale de Fœlix on ne pourrait pas les considérer comme des suites accidentelles.

Cet auteur traite comme simples suites des contrats les actions en rescision, résolution et révocation qui sont nées

de causes postérieures au contrat et qui dépendent de la volonté du défendeur, et il les déclare régies par la loi du lieu où se réalise le fait qui leur donne naissance. Mais une pareille théorie nous semble absolument fausse.

Et d'abord en ce qui concerne les actions en nullité et en rescision, elles sont inhérentes au contrat, car les vices sur lesquels elles sont basées font corps avec lui, ainsi que le dit Merlin (*Répertoire*, v° *Effet rétroactif*, sect. III, § 3, art. 5 et 7); il n'est donc pas possible de concevoir juridiquement un vice qui naisse postérieurement au contrat et par suite d'un fait accidentel.

Les vices qui entachent le contrat de nullité le frappent dès sa naissance; il en est ainsi de l'erreur, du dol, de la violence.

Ces vices ne sont une cause de nullité que lorsqu'ils ont existé au moment du contrat; il en est de même de la lésion en vertu d'un texte formel. L'article 1675 exige que dans la vente la lésion ait existé au jour du contrat, et il décide que l'immeuble vendu doit être estimé suivant son état et sa valeur au moment de la vente; l'article 890 contient une décision analogue en matière de rescision des partages pour lésion.

La résolution elle aussi a toujours sa source dans le contrat. Elle n'est pas produite par un fait postérieur. La condition résolutoire est inhérente au contrat, qu'elle soit expresse ou tacite. Expresse, elle résulte d'une clause même du contrat. Tacite, elle est sous-entendue par l'article 1184 dans tous les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne remplit pas ses engagements. Sous-entendue ou expresse, elle fait toujours corps avec le contrat. On ne peut pas dire que la condition résolutoire tacite a sa cause dans un fait postérieur

au contrat, dans l'inexécution par l'une des parties de ses obligations, et que, à raison de cela, elle n'opère pas de plein droit, mais doit être demandée en justice.

Nous répondrons que si, pour produire effet, la condition résolutoire tacite a besoin d'une décision judiciaire, cela n'empêche nullement que sa cause soit dans la volonté des parties, qui ont accepté tacitement ce pacte commissoire que le législateur a stipulé pour elles. La résolution n'a pas sa cause dans le fait de l'inexécution, mais bien dans la volonté des parties. Si les contractants n'insèrent pas dans leurs conventions la condition résolutoire, c'est que le législateur l'a fait pour eux. Autrefois les parties ne pouvaient, dans notre ancien droit, demander la résolution du contrat pour inexécution des obligations qu'en vertu d'une clause expresse, d'un pacte commissoire. Cette clause étant devenue de style, la loi l'a sous-entendue dans les contrats. Nous avions donc raison de dire que la résolution du contrat a sa cause dans le contrat lui-même; qu'elle en est un effet, et qu'elle doit être régie par la loi de ce contrat.

Nous en trouvons un exemple dans la condition résolutoire insérée dans une vente d'immeubles, en cas de non paiement du prix dans le terme convenu et qui, en vertu d'une clause expresse des parties, opère son effet de plein droit. C'est le pacte commissoire de notre ancien droit et du droit romain. Aussi nous ne comprenons pas comment Fœlix a pu voir dans la résolution conventionnelle de la vente, prévue par l'article 1656 de notre Code civil, une suite accidentelle de ce contrat, née d'un fait postérieur à la convention. C'est peut-être parce que le texte de l'article 1656 ajoute que, malgré cette stipulation, l'aquéreur peut néanmoins payer après l'ex-

piration du délai convenu, tant qu'il n'a pas été mis en demeure par une sommation; c'est sans doute dans cette sommation que Fœlix a vu le fait postérieur au contrat qui en produit la résolution. Cette sommation n'est qu'un effet du pacte commissoire, et celui-ci est une des clauses de la vente. La résolution a donc sa source dans le pacte commissoire, et par conséquent dans le contrat lui-même qui contient ce pacte. Elle est un effet de la volonté des parties exprimée dans le contrat. Si le législateur a exigé cette sommation, c'est parce que le vendeur conserve le double droit d'exiger l'exécution du contrat, ou d'en demander la résolution. C'est au moyen de cet acte qu'il exerce son option, qu'il déclare à l'acheteur qu'il demande la résolution de la vente.

Fœlix applique sa distinction des effets et des suites à la révocation des donations, mais il déclare que la révocation est toujours un effet direct du contrat, et partant il la soumet à la loi du lieu où la donation a été consentie. Nous admettons que la révocation est un effet du contrat, mais soumis à la loi de la donation, c'est-à-dire à la loi nationale des parties, à la loi nationale du donateur, en vertu de la solution que nous avons admise dans notre chapitre premier, au sujet de la loi des contrats unilatéraux, à titre gratuit.

Il y a trois causes de révocation des donations. Elles peuvent être révoquées en premier lieu pour inexécution des charges. Ce n'est là qu'une application du principe de la condition résolutoire tacite. Nous déciderons donc que la révocation pour inexécution des charges est régie par la loi du contrat; car c'est un effet de la donation; elle a sa cause dans le contrat.

Nous donnerons la même solution en ce qui concerne

la seconde cause de révocation des donations; la révocation pour ingratitude du donataire, qui elle aussi est un effet du contrat. Il est vrai qu'on ne peut pas dire que la révocation se produit ici par l'effet d'une condition résolutoire tacite, car cette condition n'est sous-entendue que dans les contrats synallagmatiques. Mais comme la donation oblige le donataire à la reconnaissance, elle confère par là même au donateur le droit de révoquer sa libéralité lorsque le donataire est ingrat, celui-ci étant indigne de recevoir la donation. L'ingratitude est moins un fait postérieur au contrat qu'un vice existant au moment de la donation, qui ne se manifeste que plus tard, mais qui, dès ce moment, la rend révocable. Cependant le Code civil semble ne la considérer que comme une suite du contrat. Il décide qu'elle ne révoque la donation que pour l'avenir; il maintient les actes antérieurs faits par le donataire; mais la raison de cette décision se trouve dans l'intérêt des tiers, qui traitant avec le donataire ignorent le vice de la donation, l'ingratitude du gratifié. Il n'y a donc aucun argument à en tirer. D'ailleurs Fœlix lui-même soumet la révocation pour ingratitude à la loi du contrat.

Il étend même cette solution à la troisième cause de révocation des donations, la survenance d'enfants. Car elle se réalise en vertu d'une clause tacite, d'une clause implicite du contrat. Nous adoptons cette décision, parce que cette révocation est une conséquence de la donation se rattachant au contrat lui-même, parce qu'elle est conforme à l'intention des parties. Pour nous cette solution est logique, tandis qu'elle ne l'est pas dans la théorie de Fœlix qui range dans les suites accidentelles des contrats toutes les conséquences que les parties n'ont pas

prévues lors de la convention et qui naissent d'un fait postérieur. Or, tel est bien le cas, puisque la révocation pour survenance d'enfants a son fondement dans cette idée que le donateur n'a pas prévu qu'un enfant pourrait naître de lui après la donation.

§ 6.

Application aux effets du contrat de mariage.

Nous devons appliquer au contrat de mariage notre principe que la loi du contrat régit tous ses effets; il en résulte que les tribunaux français doivent, quant aux effets que peuvent produire en France les contrats de mariage des étrangers, appliquer la loi étrangère à laquelle ils sont soumis. Tout contrat de mariage, valable d'après la loi nationale des époux, doit être tenu pour valable et produire ses effets en tous pays, alors même qu'il contiendrait des conventions prohibées par la législation du pays où il reçoit son application, pourvu toutefois que cette loi prohibitive ne soit pas une loi d'ordre public général.

Cependant cette théorie n'est pas universellement admise et la controverse existe sur le point de savoir si on doit appliquer les effets d'un régime matrimonial, valablement stipulé, dans un pays où ce régime est prohibé. C'est ainsi qu'aujourd'hui le Code civil italien ne permet pas aux époux d'établir entre eux notre communauté légale; la même prohibition était édictée jadis par l'article 330 de la coutume de Normandie. La question se pose aussi à l'occasion du régime dotal qui frappe d'inaliénabilité les biens dotaux.

Froland (*Mémoires sur les statuts*, ch. XXI, p. 1047 et suiv.) étudie longuement la controverse. Il expose les phases qu'elle a traversées et après beaucoup d'hésitation il admet que le régime dotal est un statut personnel, c'est-à-dire qu'il doit étendre ses effets sur des biens situés hors du pays sous la coutume duquel il a été stipulé.

De même, ainsi que nous l'avons vu dans notre introduction, le président Bouhier admet que la communauté stipulée entre époux à Paris étend ses effets sur des biens situés en Normandie, car les articles 330 et 389 de la coutume de Normandie ne s'appliquent qu'aux contrats de mariage passés sous son empire.

Telle est encore aujourd'hui l'opinion de la grande majorité de la doctrine, mais la Cour de cassation décide au contraire que le régime dotal est de statut réel, et que lorsque deux époux étrangers se sont mariés sous le régime dotal, leurs biens situés en France sont soumis aux règles du régime dotal édictées par notre Code civil et non aux règles de la loi nationale des époux. En effet, dit-elle, le régime dotal a été organisé surtout en vue des biens; le but du législateur a été d'assurer la conservation des biens de la femme. Puisqu'il a surtout pour objet les biens, c'est une loi de statut réel, et on doit appliquer l'article 3 du Code civil aux termes duquel les immeubles, même possédés par des étrangers, sont régis par la loi française.

Nous avons déjà démontré qu'il ne faut plus se servir de la théorie des statuts, qu'en principe toutes les lois sont personnelles et qu'il n'y a de lois réelles que celles qui protègent l'ordre public général. On ne peut pas dire que les lois qui réglementent le régime dotal soient des

lois d'ordre public, car toutes les législations qui admettent ce régime permettent en même temps aux époux d'en établir un autre; c'est ainsi que notre Code civil permet aux époux la communauté et ses modifications, la séparation de biens, le régime sans communauté. C'est ainsi, en outre, que le Code civil italien admet en dehors du régime dotal la séparation de biens conventionnelle et même la communauté réduite aux acquêts. Le régime dotal n'est donc plus dans le droit moderne une institution d'ordre public à laquelle on ne peut pas déroger, puisque les législateurs eux-mêmes permettent aux époux d'accepter d'autres régimes. Il n'en était pas de même dans le droit romain, où la conservation de la dot touchait à l'intérêt social, « *reipublicæ interest mulieres salvas dotes habere.* » Le régime dotal n'a été consacré par notre Code civil que dans l'intérêt des particuliers et non dans l'intérêt de l'État. Peu importe alors que les biens d'un propriétaire soient régis par la loi étrangère. Le régime dotal doit donc produire ses effets même dans un pays où il ne serait pas reconnu par la législation, à moins que l'inaliénabilité dotale n'y soit prohibée par un motif d'ordre public, pour favoriser la libre circulation des biens. Nous déciderons que deux époux français peuvent, en se mariant en Italie, adopter la communauté légale, et que ce régime sera applicable même à leurs biens situés dans ce royaume, car la prohibition de l'article 1381 du Code civil italien ne s'applique qu'aux nationaux. Le régime de la communauté stipulée par des Français s'applique à leurs domaines d'Italie, parce que cet article 1381 n'édicte pas une prohibition d'ordre public.

La loi du contrat régit donc tous les effets du contrat de mariage, dans quelque pays que ces effets se produisent, et cette loi, avons-nous dit, est la loi nationale du mari. Cette loi s'applique aux effets du contrat de mariage pendant toute la durée de l'union des époux, alors même que ceux-ci auraient changé de nationalité et ne seraient plus soumis à la même loi personnelle.

En effet, le régime matrimonial est toujours déterminé par la volonté des époux. Cette volonté est expresse lorsqu'ils ont fait un contrat de mariage; elle est tacite, lorsqu'en ne faisant pas de contrat, ils ont adopté le régime que leur loi nationale a choisi comme régime de droit commun. Ce régime nuptial créé par la convention des parties doit rester immuable et ne pas subir de modifications, malgré le changement de nationalité des époux. Le contrat de mariage est pour eux une loi qu'ils ont faite et qui est indépendante de leur nationalité. D'ailleurs l'intérêt des époux exige la fixité, l'immutabilité de leurs rapports pécuniaires. Il importe grandement aux tiers qui contractent avec eux, que le mari en changeant sa nationalité, et en faisant changer celle de sa femme, ne puisse modifier en même temps son contrat de mariage. Ce système, qui était déjà celui du savant président Bouhier, est adopté aujourd'hui par la grande majorité des auteurs. Il a cependant trouvé un contradicteur sérieux dans Story (*Conflict of laws,* § 189), mais son opinion est restée à peu près isolée. La jurisprudence, d'ailleurs, s'est prononcée en faveur de notre système (Lyon, 28 déc. 1838; Dalloz, *Répertoire de législation :* v° *Contrat de mariage*, n° 213; Cass., 30 janv. 1854; Dalloz, 1854. 1. 61).

La loi du contrat régit même les conséquences pécu-

niaires de la dissolution de mariage. C'est ainsi que lorsque les époux se sont mariés sous le régime de la communauté, c'est par la loi nationale des époux au moment du contrat, que se trouve régie la dissolution de la communauté. Supposons, par exemple, que ce régime ait été stipulé par les époux dans un pays où la femme n'a pas la faculté de renoncer, où la communauté est obligatoire. Cette règle devra s'appliquer même à la dissolution de la communauté qui se réalise en France. La dissolution de la communauté n'est pas un fait nouveau qui doit être régi par la loi sous l'empire de laquelle il se produit. C'est un effet, une conséquence directe de la stipulation du régime de communauté contenue dans le contrat de mariage des époux. Peu importe que dans l'intervalle les époux aient changé de nationalité, ou que la dissolution se produise dans un lieu qui n'est pas soumis à l'empire de la loi du contrat. En vertu des mêmes principes, nous déciderons que le contrat de mariage de deux Français, étant soumis à la loi française, ne peut pas recevoir de modifications postérieurement au mariage, alors même que les époux résideraient plus tard à l'étranger. La loi du contrat s'applique pendant toute la durée de l'union des époux. Les articles 1394 et 1395 interdisent tout changement aux conventions matrimoniales après la célébration du mariage. Ces textes, dont le but est de garantir l'indépendance réciproque des époux, règlent les conditions intrinsèques de validité et les effets des conventions matrimoniales.

Lorsqu'un Français épousera hors de France une étrangère, pourra-t-il modifier ses conventions matrimoniales? La jurisprudence répond affirmativement sans distinguer,

elle dit qu'en vertu de la règle : *locus regit actum* les modifications apportées aux conventions matrimoniales sont régies par la loi du lieu où elles sont réalisées par les époux. Nous avons démontré que cette règle n'avait trait qu'aux formes extérieures des actes; elle est donc napplicable dans notre espèce, où il s'agit de conditions intrinsèques de validité.

Nous croyons qu'il faut distinguer : Si le Français qui épouse une Espagnole en Espagne entend rester soumis à la loi française, son contrat de mariage régi par notre Code civil ne peut recevoir aucune modification au cours du mariage. Si, au contraire, et c'est ce qui s'est produit dans les espèces sur lesquelles la jurisprudence a eu à statuer, le mari français a entendu se soumettre à la loi étrangère, son contrat de mariage est soumis à cette loi; si cette loi permet les modifications postérieures au contrat, ces modifications sont valables. Nos tribunaux doivent les sanctionner, on leur applique la loi du contrat. Mais il ne faut pas invoquer ici la règle *locus regit actum* (Cass., 11 juill. 1855; Dalloz, 1856. 1. 9. Toulouse, 7 mai 1866; Dalloz, 1866. 2. 109).

CHAPITRE III.

QUELLES RESTRICTIONS DOIVENT ÊTRE APPORTÉES A L'APPLICATION DE LA LOI DU CONTRAT.

En matière d'obligations conventionnelles, la règle capitale est celle de l'autonomie des parties contractantes. Ce sont elles qui font leur loi (art. 1134). Lorsque les contractants ont déclaré d'après quelle loi ils voulaient que leur convention fût régie, leur volonté est souveraine. Et lorsqu'ils ont gardé le silence sur ce point, on a recours à des présomptions pour déterminer la loi qui doit régir le contrat, on recherche quelle a été leur intention probable, à quelle loi ils ont voulu se référer. Dans les deux cas c'est l'autonomie des parties contractantes qui détermine la loi du contrat, non-seulement quand elles ont déclaré leur volonté, mais encore lorsque le juge ou le législateur sont obligés de la rechercher, de la présumer.

Ce principe toutefois n'est pas absolu; les particuliers ne sont libres de régler à leur gré leurs conventions, que lorsqu'elles ne touchent qu'à leurs intérêts privés;

leur liberté a une limite. Elle subit une restriction importante, dont le principe se trouve contenu dans l'article 6 du Code civil; on ne peut pas déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. Plusieurs textes du Code civil reproduisent cette restriction; au titre Des obligations, les articles 1132 et 1133 frappent de nullité les obligations illicites ou contraires aux bonnes mœurs. De même, le législateur, après avoir rappelé dans l'article 1387 la liberté des conventions matrimoniales, apporte immédiatement des restrictions à ce principe dans la fin même de cet article; il permet aux époux de régler à leur gré leurs conventions matrimoniales, pourvu qu'elles ne soient contraires ni aux bonnes mœurs, ni aux prohibitions légales contenues dans les articles suivants. L'article 1388 leur défend de déroger aux droits de la puissance maritale, à leur statut personnel, à la loi qui régit leur état et leur capacité. L'article 1389 ne leur permet pas de changer par leurs conventions matrimoniales l'ordre légal des successions, parce que la dévolution des successions est une des bases de l'ordre social et politique. L'article 1390 leur interdit toute clause par laquelle ils déclareraient d'une manière générale que leur régime matrimonial sera régi par les anciennes coutumes. Ces deux dernières prohibitions sont fondées sur une considération d'intérêt général; en les édictant, le législateur a eu en vue la conservation de la société. Ces lois qui protègent l'ordre social l'emportent toujours sur la volonté des parties contractantes. L'ordre public doit toujours primer l'intérêt privé; c'est une condition essentielle à l'existence des sociétés; les particuliers eux-mêmes sont intéressés au maintien de l'ordre social,

car leurs droits ne peuvent trouver de protection que dans l'état de société.

La volonté des parties contractantes trouve donc une limite nécessaire dans les droits de la société. C'est ce que décide le Code civil en disant dans l'article 6 que les particuliers ne peuvent pas déroger par leurs conventions aux lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes mœurs. Il est vrai que ce texte, ainsi que tous ceux qui, au titre Des obligations ou Du contrat de mariage, en sont le corollaire, n'a été édicté que pour régir les relations des Français entre eux; on doit cependant les appliquer, en droit international privé, aux conventions qui ont lieu entre étrangers; le motif sur lequel sont fondés ces textes trouve encore ici son application. Ces textes ont été édictés dans un intérêt de conservation sociale; or, les lois d'ordre social doivent être respectées par les étrangers comme par les nationaux.

Pour échapper à l'application des lois d'ordre public qui protègent les droits de la société, les étrangers ne peuvent pas invoquer leur loi nationale, et lorsqu'ils contractent, ils ne peuvent pas se prévaloir de leur autonomie, car leur autonomie n'est plus souveraine quand l'ordre public est en jeu.

Nous devons donc rechercher quelles sont les lois qui, d'après l'article 6, intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs, ces lois auxquelles les conventions des particuliers ne peuvent apporter aucune dérogation. Nous essaierons d'abord de déterminer le caractère de ces lois, puis nous ferons quelques applications des règles que nous avons posées.

SECTION I.

Quelles sont les lois qui font échec à l'application de la loi du contrat.

Il y a des lois réelles auxquelles les conventions privées ne peuvent pas déroger, des lois réelles que le juge doit appliquer aux étrangers comme aux nationaux, parce qu'elles sauvegardent les droits de la société. La difficulté consiste à déterminer quelles sont ces lois réelles, à quels signes on les reconnaît; sur ce point de vives controverses divisent encore les jurisconsultes.

Les partisans du système de la réalité des lois, les anciens légistes statutaires, les jurisconsultes anglo-américains, et certains réalistes modernes, tels que Fœlix et Wächter soutiennent une théorie qui limite par trop le champ d'application de la loi du contrat.

Story[1], l'un des auteurs les plus éminents parmi ceux qui défendent cette doctrine, pose en principe qu'aucun État n'est obligé de reconnaître des droits, des actes, des contrats qui lui seraient préjudiciables, ou qui seraient en opposition avec sa propre police. Pour lui, la règle est que toutes les lois sont réelles, sauf exception.

Par leurs conventions, les étrangers ne peuvent pas déroger aux lois réelles du pays où ils contractent. Or, ces lois sont la règle.

Il n'y a que fort peu de lois personnelles; il n'y a guère que les lois sur l'état et la capacité des personnes. Et

[1] Story, *Conflict of laws*, p. 71, § 7.

encore, si un État admet que sur son territoire un étranger puisse être régi par sa loi nationale, en ce qui concerne son état et sa capacité, ce n'est que par courtoisie, par concession gracieuse; il est libre de fixer les limites de cette concession, et, dans cet acte de courtoisie, son seul guide est l'intérêt de sa souveraineté territoriale. Cette souveraineté ne permet pas que les conventions passées entre étrangers puissent déroger aux lois qu'elle a édictées; elle le permet seulement quand son intérêt n'est pas en jeu.

En vertu de ce principe voici, d'après les jurisconsultes anglo-américains, quelles sont les lois auxquelles les conventions privées ne peuvent pas faire échec. Ce sont d'abord les lois constitutionnelles; à leur égard, la courtoisie internationale n'existe pas, et cela se comprend. Mais certains auteurs, comme Phillimore, vont plus loin et soutiennent qu'il faut comprendre dans les lois constitutionnelles, dans les lois qui sont le fondement d'un État, toutes celles qui garantissent sa sécurité ou qui protègent l'intérêt public. Ces derniers mots autorisent les décisions les plus arbitraires; ils permettent aux juges de refuser l'application de toute loi étrangère. Le juge peut, au nom de l'intérêt public, rejeter la courtoisie internationale.

Ce sont, en second lieu, les lois morales et religieuses; un étranger ne peut pas invoquer sa loi nationale si elle est contraire à la loi morale ou religieuse de l'État dans lequel le litige est pendant.

Ce principe est vrai, mais il est bien difficile de l'appliquer, et les partisans de ce système sont loin d'être d'accord lorsqu'ils veulent déterminer quelles sont les lois morales et religieuses.

Ce sont enfin les lois qui sont nées des mœurs, des tra-

ditions de la nation; ces lois sont territoriales. Mais cette formule n'est pas d'une grande précision, l'application de cette règle peut amener des jurisconsultes à admettre des solutions peu justifiables. C'est en s'appuyant sur cette règle que Phillimore a énoncé cette proposition que « aucun État n'est tenu d'admettre par courtoisie une loi étrangère, si l'application lui est préjudiciable. » L'élasticité de cette formule ruine la théorie de la courtoisie internationale, et ce système des Anglo-Américains se résume en ceci, « que la loi étrangère ne peut jamais être invoquée lorsqu'elle lèse un intérêt national. »

Cette théorie se confond avec la doctrine de l'intérêt. La règle pour le juge est qu'il doit appliquer sa loi nationale; par exception, et en vertu de la courtoisie internationale, il applique la loi étrangère, mais il faut pour cela que cette loi étrangère ne soit point contraire à l'intérêt de l'État au nom duquel il rend la justice.

Nous repoussons ce système qui a pour fondement l'intérêt. La difficulté consiste à définir et à délimiter les droits de l'État au point de vue de l'application des lois étrangères. Le système que nous combattons se fonde sur la conception féodale de la souveraineté. L'État, le souverain territorial ne peut souffrir sur son territoire l'application des lois étrangères; il ne le permet que par une concession généreuse et lorsque son intérêt n'est pas lésé.

Nous croyons, au contraire, qu'il faut se placer au point de vue de la conception moderne de la souveraineté, et distinguer les droits des particuliers, les droits privés, des droits de l'État et de la société. Les droits de l'État ont un domaine distinct du domaine des droits privés; pour fixer l'étendue de ces deux domaines, il suffit de rappeler ce que nous avons dit dans notre introduction au

sujet de la mission de la société et de la sphère d'action des droits privés.

Toutes les lois, en effet, n'ont pas été promulguées dans le but de protéger les droits de la société. La mission de la souveraineté est de permettre aux particuliers le perfectionnement de leurs facultés physiques et intellectuelles; les hommes ne peuvent accomplir leur destinée que s'ils vivent à l'état de société. Les lois qui la protègent doivent primer les lois qui garantissent les droits des particuliers. Mais les droits de la société doivent être strictement limités à ce qui est nécessaire pour sa conservation.

Les lois protectrices de l'ordre social sont donc l'exception; les lois qui sanctionnent les droits privés sont la règle, les droits privés sont ceux qui appartiennent à tout homme dès le moment de sa naissance, et sans lesquels il ne peut atteindre son perfectionnement. Les lois qui les garantissent peuvent être invoquées partout, sans distinction de frontières, car l'homme a le droit de vivre et de se développer en tout lieu. Mais l'homme qui porte avec lui sa loi personnelle, doit s'incliner devant la loi territoriale, devant la loi d'ordre social; il n'y a vraiment pas conflit entre ces deux lois; elles n'ont pas la même nature, chacune d'elles a une sphère d'application spéciale dans laquelle elle est souveraine.

Il y a donc des lois d'ordre social et des lois d'ordre privé. On les classe en lois territoriales et lois personnelles, suivant qu'elles protègent les droits de la société ou les droits des individus, et non suivant qu'elles sont relatives aux biens ou aux personnes. Ainsi on ne doit pas dire que les lois qui régissent les immeubles sont territoriales; elles sont réelles ou personnelles, suivant qu'elles sont d'ordre social ou d'ordre privé.

En matière de contrats, la grande règle est l'autonomie des parties contractantes; elles peuvent choisir la loi qui régira leurs obligations; mais elles ne peuvent pas faire échec aux lois qui garantissent les droits de la société. L'autonomie est sans force en face d'une loi d'ordre social.

Mais à quel signe pourra-t-on reconnaître si une loi est d'ordre social, si elle prime la règle de l'autonomie des parties contractantes? D'après quelles règles le juge pourra-t-il décider si telle loi est protectrice des droits de la société? Il n'est pas possible de poser ici des règles fixes. Chaque État en effet est souverain en ce qui concerne sa propre conservation, chacun conçoit l'ordre social d'une façon différente, et cette manière de le concevoir varie avec son organisation politique. Pour décider si une loi est d'ordre social, le juge devra se placer au point de vue des principes qui sont généralement admis dans la nation au nom de laquelle il rend la justice; il tranche le conflit en se plaçant au point de vue de son droit national. Il a pour mission de protéger les droits de la société, il ne peut en déterminer l'étendue qu'en se conformant aux règles du droit public de sa nation.

Par cette solution, nous n'adoptons pas la théorie de l'intérêt national; le juge doit rechercher si la loi étrangère que l'on invoque porte atteinte aux droits de la société et non si elle lèse un intérêt national. La différence est grande, car l'intérêt est variable; si le juge ne consultait que cet intérêt, il lui serait toujours possible de refuser l'application des lois étrangères. Dans notre théorie, au contraire, le juge ne doit refuser de reconnaître une loi étrangère que si cette loi est contraire aux droits de la société. Ce droit social n'est pas

laissé à sa libre appréciation, il est contenu dans les lois constitutionnelles; c'est donc d'après les principes constitutionnels, d'après le droit public de son pays que le juge décidera si telle disposition de loi est d'ordre social.

Nous devons rechercher quelles sont en droit français les lois protectrices de la société, quelles sont les lois devant lesquelles doit céder l'autonomie des parties contractantes. La règle est contenue dans l'article 6 du Code civil : « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. » Il est de toute évidence que le maintien des bonnes mœurs est une question d'existence et de conservation pour les sociétés. Mais il est souvent difficile en fait de décider si telle loi doit être considérée comme territoriale parce qu'elle intéresse les bonnes mœurs; la difficulté vient de ce que la morale doit présider à toutes les relations des hommes entre eux. Il faut se reporter à la règle que nous avons posée : il n'y a de lois territoriales que celles qui protègent les droits de la société; une loi concernant les bonnes mœurs ne sera donc réelle que si elle est une sauvegarde nécessaire de la morale qui est la base de l'état social, que si elle est indispensable à la conservation de la société. Nous aurons dans notre seconde section, à étudier des applications intéressantes de cette règle.

L'article 6 mentionne en outre les lois d'ordre public.

Cette expression n'est pas exacte et a donné lieu à de grandes difficultés. Il y a toutefois un point certain, c'est que ces lois d'ordre public comprennent les lois de police et de sûreté dont parle l'article 3. Les lois de

police ne désignent pas seulement les lois pénales, mais encore la plus grande partie des lois administratives, ce sont des lois réelles. Les lois de sûreté, ce sont principalement les lois pénales. Elles sont surtout territoriales, car elles garantissent la conservation de la société. Celle-ci n'aurait plus aucune sécurité, si les hommes dangereux, qui habitent sur son territoire et y commettent des délits, pouvaient se procurer l'impunité en invoquant des lois étrangères.

Mais les lois d'ordre public dont parle l'article 6, ne comprennent pas seulement les lois de police et de sûreté; les rédacteurs de ce texte ont conçu d'une façon plus large le cercle des lois territoriales. Par ces mots : « lois d'ordre public, » il sont voulu désigner les lois qui règlent l'organisation de l'état social et protègent son existence, c'est-à-dire les lois de droit public. Nous devons regretter qu'ils aient employé l'expression : lois d'ordre public, » au lieu de dire, ce qui était leur intention et ce qui est la vérité : les lois de droit public sont territoriales, les conventions privées ne peuvent y apporter aucune dérogation. Les jurisconsultes qui traitent cette question ont le tort de reproduire les mots : « lois d'ordre public » de l'article 6, car cette expression est trop compréhensive, ainsi que nous allons le montrer.

Les lois d'ordre public comprennent d'abord les lois de droit public; nous en trouvons la preuve dans les articles 638 et 686 relatifs aux servitudes prédiales. L'article 686 permet aux propritaires d'établir sur leurs fonds telles servitudes que bon leur semble, pourvu que ces services n'aient rien de contraire à l'ordre public, et l'article 638 nous apprend quels sont ces services contraires à l'ordre public, ce sont ceux qui créeraient

une prééminence d'un héritage sur un autre et rétabliraient sur le sol français le régime féodal. Les lois de la période intermédiaire ont aboli la féodalité, le législateur n'a pas voulu que, par suite de la prééminence d'un fonds sur un autre, le propriétaire du premier fût le suzerain de celui qui possède le second de ces fonds et pût exiger de lui la foi et l'hommage en même temps que des redevances pécuniaires. Les articles 638 et 686 sont des lois réelles, parce qu'elles sont de droit public; la société française moderne repose sur le principe de l'égalité proclamé par la Déclaration des droits de l'homme. Toute convention qui tendrait à rétablir en France la féodalité, porterait atteinte à l'organisation politique de notre société. Les textes qui interdisent ces conventions sont des lois de droit public.

Mais les lois d'ordre public ne comprennent pas les seules lois de Droit public, et c'est pour cela qu'il ne faut pas dire que toutes les lois d'ordre public sont territoriales, car il y en a qui sont personnelles d'après les textes mêmes du Code civil. Les lois d'ordre public comprennent encore les lois sur l'état et la capacité des personnes : nous en trouvons la preuve dans les articles 1387 et 1388 du Code civil. L'article 1387 déclare que les conventions matrimoniales sont libres comme les conventions ordinaires, pourvu qu'elles ne contiennent rien de contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public.

L'article 1388 défend aux époux de déroger dans leur contrat de mariage aux lois qui règlent leur capacité, aux droits de la puissance maritale sur la personne de la femme et de la puissance paternelle, aux droits du mari comme chef de la communauté. Ces lois sur l'état et la capacité des personnes sont des lois d'ordre public

et cependant elles ne sont pas territoriales. Bien au contraire, l'article 3 les range parmi les lois personnelles. Cela nous montre que si l'expression *ordre public* de l'article 6 est inexacte, la pensée du législateur est conforme aux principes du droit international, il a voulu dire qu'on ne peut pas déroger par des conventions aux lois qui sont de droit public.

Cette confusion entre les lois d'ordre public et les lois de droit public, qui n'existe que dans les expressions dont se sont servis les rédacteurs du Code civil français, se retrouve aussi dans le Code civil italien. Le législateur italien proclame d'abord le principe de la personnalité des lois, puis dans l'article 12 il apporte à cette règle des restrictions nécessaires à sauvegarder les droits de la société : « Nonobstant les dispositions des articles précédents, les lois, les actes, et les jugements d'un pays étranger, ainsi que les dispositions et conventions privées ne pourront en aucun cas déroger aux lois prohibitives du royaume concernant les personnes, les biens ou les actes, ni aux lois qui intéressent d'une manière quelconque l'ordre public et les bonnes mœurs. » Dans ce dernier membre de phrase l'expression a trahi le législateur italien, comme elle avait trahi déjà les rédacteurs français de l'article 6. Toutes les lois tendent plus ou moins directement à sauvegarder l'ordre public et les bonnes mœurs, mais il ne doit y avoir de lois réelles que celles qui garantissent l'existence et la conservation de la société.

L'expression de lois de droit public est certainement beaucoup plus exacte que celle de lois d'ordre public, mais on comprend que le législateur français et le législateur italien aient hésité à l'employer. L'expression de

lois de droit public, en effet, a dans la langue juridique un sens technique, qui ne nous paraît pas assez compréhensif pour désigner les lois territoriales. On ne comprend généralement dans le droit public que les lois constitutionnelles et les lois administratives. Aussi croyons-nous devoir désigner les lois territoriales au moyen des mots : *Lois relatives aux droits de la société,* ou *lois d'ordre social.*

En notre matière des contrats et obligations conventionnelles, nous formulons ainsi la théorie que nous préférons : la loi du contrat cesse de recevoir son application, l'autonomie des parties contractantes n'est plus souveraine quand on se trouve en face d'une loi relative aux droits de la société.

SECTION II.

Application du principe. Recherche de quelques lois relatives aux droits de la société.

Au premier rang des lois territoriales, des lois relatives aux droits de la société nous trouvons les lois de police et de sûreté dont parle l'article 3 du Code civil. De même les lois constitutionnelles et les lois administratives sont aussi des lois territoriales, car elles sont nécessaires à l'existence de l'État. Nous pouvons citer encore les lois de finances, les lois qui établissent des impôts. L'étranger qui habite la France ne peut se soustraire au paiement des impôts indirects, ou des impôts fonciers quand il possède des immeubles. La loi qui crée ces impôts est une loi d'ordre social ; elle permet à l'état

social de fonctionner, de remplir sa mission de protection envers les individus.

La question est plus délicate lorsqu'il s'agit de rechercher quelles sont les lois territoriales parmi les lois prohibitives ou parmi celles qui intéressent les bonnes mœurs; nous le ferons en appliquant notre règle, que les lois prohibitives ne sont territoriales que si la prohibition qu'elles édictent importe à la conservation de la société. De même les lois qui intéressent les bonnes mœurs ne sont territoriales que si la conservation des bonnes mœurs a été le but principal du législateur qui les a promulguées. Il faut que ces lois soient nécessaires au maintien de la société et de la morale qui en est la base.

§ 1.

Application du principe aux lois qui limitent le taux de l'intérêt.

D'après quelle loi doit-on décider si le taux de l'intérêt dépasse le maximum de l'intérêt licite? Sur cette question la doctrine est partagée.

Dans un premier système soutenu par M. de Savigny (t. VIII, p. 273, traduction) et par M. Demangeat (sur Fœlix, p. 252, t. I, note *a*), on soutient que la seule loi applicable est celle du pays du tribunal appelé à statuer.

Ce système conduit à une double conséquence : 1° le juge ne peut pas allouer des intérêts supérieurs au taux fixé par sa loi nationale alors même que ces intérêts seraient conformes à la loi qui régit le contrat dans lequel ils ont été stipulés; 2° le juge doit accueillir toute demande d'intérêts conforme à sa loi nationale, sans avoir

à tenir compte des prohibitions édictées par les lois étrangères, qui régissent les prêts à intérêts.

M. Demangeat justifie sa théorie par cet argument que « les juges doivent toujours refuser leur protection aux conventions, que la loi dont ils dépendent réprouve comme immorales et contraires à l'intérêt public. » Il considère la loi du 3 septembre 1807 comme une loi d'ordre public, comme une de ces lois dont la violation porterait atteinte à l'ordre social, et dont l'application doit être exclusive sur toute l'étendue du territoire.

Nous ne saurions admettre une telle opinion. Les lois qui limitent le taux de l'intérêt ne sont pas fondées sur l'ordre public et la morale universelle. Cette solution aurait pu être admise dans notre ancien droit en raison des principes qui régissaient le contrat de prêt. A cette époque, la législation civile, s'inspirant du droit canonique, prohibait formellement la stipulation d'intérêts, et la considérait comme contraire à la morale publique et aux lois de l'Église. Sous l'empire d'une telle législation il eût été légitime de dire, avec M. Demangeat, que cette prohibition d'ordre public ne pouvait pas être méconnue par les juges.

Mais aujourd'hui cette théorie ne doit pas prévaloir; les principes ne sont plus les mêmes, et grâce à l'influence du progrès économique, le prêt à intérêts est reconnu comme légitime par toutes les législations. Et si parmi elles quelques-unes ont limité le taux de l'intérêt, cette limitation n'est assurément qu'une disposition d'ordre public intérieur, et non d'ordre public général.

Les lois qui limitent le taux de l'intérêt sont basées sur des considérations spéciales au pays pour lequel elles ont été édictées; elles doivent nécessairement varier

avec les circonstances multiples qui, dans chaque pays, influent sur la valeur de l'argent; ces circonstances sont relatives à l'abondance ou à la rareté des capitaux, à l'état du crédit, à la sécurité que peuvent offrir les emprunteurs, à la situation économique générale, aux garanties que peuvent donner les grandes entreprises commerciales et industrielles, aux avantages que l'emprunteur peut retirer des capitaux qu'on lui prête; ces lois ne doivent donc s'appliquer qu'aux contrats passés sous son empire.

Ainsi que l'a très bien exprimé un arrêt de la Cour de Bastia du 19 mars 1866 (Sirey, 1866. 2. 255), en limitant le taux de l'intérêt, la loi française a reconnu la légitimité du prêt à intérêts, elle a reconnu la faculté pour chacun de tirer parti de l'argent comme de toute autre marchandise. Les éléments qui contribuent à la détermination de l'intérêt étant de nature à varier avec le pays, le législateur de 1807 n'a pu avoir l'intention de réglementer tous les prêts à intérêts qui se réalisent sur la surface du globe, en tant du moins qu'ils pourraient donner lieu à une action judiciaire devant nos tribunaux. Son but a été uniquement de régler le taux de l'intérêt dans les contrats soumis à la loi française, et la preuve en est dans ce fait que nos lois ont déclaré l'intérêt libre, ou du moins en ont élevé le taux dans nos colonies. C'est ainsi qu'en Algérie le taux de l'intérêt conventionnel est libre; la loi du 27 août 1881 n'a pas modifié sous ce rapport l'ordonnance de la loi de 1835. Cette réglementation diverse du taux de l'intérêt par les lois d'un même pays prouve bien que les lois relatives à l'intérêt ne sont basées que sur des considérations économiques et non sur l'ordre public général.

« En cette matière, dit la Cour de Bastia dans l'arrêt précité, la loi ne peut avoir que le caractère d'un règlement spécial, dont les dispositions varient selon les lieux et les circonstances et ne s'élèvent jamais à la hauteur de ces principes de morale absolue devant lesquels toutes les nations civilisées s'inclinent avec respect. »

D'ailleurs, aujourd'hui la limitation du taux de l'intérêt est condamnée par tous les économistes; elle a disparu de presque toutes les législations européennes. L'intérêt est libre en Angleterre, en Italie, en Espagne, en Suisse, en Belgique et dans les Pays-Bas. Les magistrats français ne peuvent pas considérer comme immorale et illicite une convention d'intérêts passée sous l'empire d'une législation qui la déclare valable.

Ce système étant écarté, nous nous trouvons en face des principes généraux que nous avons posés. Le taux des intérêts est régi par la loi qui gouverne le contrat, et cette loi doit être respectée par les tribunaux étrangers devant lesquels le débat est porté. Lorsque les parties auront la même nationalité, leur prêt sera régi par leur loi nationale; toutefois, leur autonomie leur permet de se soumettre à une loi étrangère, lorsqu'ils se trouvent en dehors du cercle d'application de la loi de 1807 qui, en raison de circonstances économiques, règle la capacité des Français lorsqu'ils font en France un prêt à intérêts, mais qui n'enchaîne pas leur liberté, lorsqu'ils contractent à l'étranger. Sans doute, deux Français ne pourront pas stipuler en France un intérêt de 12 0/0 en déclarant qu'ils soumettent leur contrat à la loi italienne; une telle convention est en dehors de leur capacité. La loi de 1807 édicte une prohibition à laquelle ils ne peuvent échapper que lorsqu'ils sont dans un pays qui, en

raison de sa situation économique, consacre la liberté du taux de l'intérêt. Lors donc que deux Français feront un contrat de prêt en Italie, ils pourront stipuler des intérêts aussi élevés qu'ils le voudront, et ce contrat devra être sanctionné par nos juges français, car il est conforme à la loi qui le régit, et cette loi n'est pas contraire à l'ordre public général. En stipulant des intérêts réprouvés par leur loi nationale, ces Français ont suffisamment manifesté leur intention de soumettre leur convention à la *lex loci contractùs.*

Cette solution doit nécessairement être admise, car elle résulte de l'ensemble des lois françaises sur le prêt à intérêts. Le taux de l'intérêt conventionnel est libre en Algérie; la loi de 1881 n'a fait que modifier le taux légal applicable dans le silence de la convention. Il en résulte que nos tribunaux devront sanctionner un prêt civil avec intérêts supérieurs à 5 pour cent intervenu entre deux Français en Algérie. Pourquoi ne devraient-ils pas aussi sanctionner un prêt intervenu dans les mêmes conditions entre deux Français en Italie? Notre loi française de 1807 ne peut prohiber une telle convention; elle n'est qu'un règlement intérieur régissant les prêts accomplis en France et basée sur des circonstances spéciales à ce pays.

Nous devons cependant faire une restriction importante. La fraude corrompt tout. Il n'y a pas à invoquer ici l'autonomie des parties; elles ne peuvent échapper à leur capacité personnelle au moyen d'une fraude. Les Français ne peuvent à l'étranger soumettre leur contrat de prêt à la loi étrangère que lorsqu'ils se trouvent dans des circonstances où ils puissent, sans vouloir violer leur loi nationale, stipuler en se conformant à la loi étrangère.

Aussi présumera-t-on la fraude, si le prêt à intérêts intervient entre deux Français de passage en Italie; il en sera autrement, s'ils y ont une résidence.

La loi du lieu du contrat a donc, en matière de stipulation d'intérêts, une étendue d'application plus grande qu'en ce qui concerne les autres contrats. Cette solution n'a d'ailleurs rien de contradictoire avec les principes que nous avons posés jusqu'à présent; elle est, au contraire, en harmonie avec le principe de l'autonomie. L'intention des parties est souveraine, sauf lorsque l'ordre public est en jeu. Or, en cette matière, les Français sont régis par une loi que condamnent aujourd'hui presque tous les économistes, une loi destinée à disparaître bientôt. Le Parlement est même saisi actuellement d'un projet tendant à la supprimer. Cette loi limite le taux de l'intérêt que la plupart des législations européennes déclarent libre, mais elle n'est qu'une prohibition d'ordre public intérieur. En France, les nationaux français ne peuvent pas se soustraire à son application, mais lorsqu'ils sont en pays étranger, la règle de l'autonomie n'étant plus restreinte par cette prohibition d'ordre public intérieur, leur permet de stipuler des intérêts au taux permis par la loi du lieu où ils contractent.

Aussi la jurisprudence a-t-elle validé bien souvent des promesses d'intérêts à un taux supérieur à celui de la loi de 1807, lorsque ces prêts avaient été réalisés dans des pays où ce taux était également permis (Bastia, 1866, déjà cité. Bordeaux, 22 août 1865, Dalloz, 1866. 2. 223; Cass., 10 juin 1857, *Journ. du Palais,* 1857, p. 934; arrêt, rejet, Cass., 21 décembre 1874, Sirey, 1875. 1. 78).

§ 2.

Application du principe à la vente de la chose d'autrui et aux pactes sur succession future.

Pour qu'une loi prohibitive soit réelle, il faut, avons-nous dit, que l'interdiction qu'elle prononce intéresse la conservation de la société. Par application de ce principe, nous ne déclarerons pas territoriale la disposition de l'article 1599 du Code civil qui frappe de nullité la vente de la chose d'autrui. Cette règle n'importe en rien au maintien de l'ordre social, et la vente de la chose d'autrui n'est nullement immorale. Cette vente était déclarée valable par les jurisconsultes romains et dans notre ancien droit. Pothier la validait aussi. Il faudrait être bien présomptueux pour déclarer immorale une convention qu'approuvait ce sage jurisconsulte. La vente de la chose d'autrui ne viole pas les droits du propriétaire, l'étranger peut donc se prévaloir en France de sa loi personnelle, si celle-ci valide la vente de la chose d'autrui.

Il en est de même, bien que la question soit plus controversée, en ce qui concerne les pactes sur succession future; il semble cependant que cette prohibition des pactes successoires doive être territoriale, puisque les rédacteurs du Code civil lui ont attaché une telle importance, qu'ils lui ont consacré trois articles.

L'article 1130 est un texte général; il prohibe tous les pactes qui peuvent intervenir sur une succession non ouverte.

L'article 791 reproduit cette interdiction en ce qui concerne les renonciations à succession future, et l'article 1600 l'applique à la vente d'une hérédité du vivant du *du cujus*.

Cette prohibition est fondée sur la moralité publique.

Dans les travaux préparatoires du Code civil, Bigot-Préameneu a développé ce motif de l'interdiction des pactes successoires; il a montré qu'ils sont réprouvés par l'honnêteté publique, et que l'atteinte qu'ils portent aux bonnes mœurs est telle qu'ils ont été prohibés même dans le contrat de mariage, contrat dans lequel le législateur valide des conventions interdites de droit commun. Pothier lui aussi a insisté sur l'immoralité des ventes de successions non ouvertes; il dit qu'une espérance coupable pourrait faire naître des pensées criminelles. Comme le disent les jurisconsultes romains, ces conventions supposent le *votum mortis* et partant doivent être prohibées.

Toutefois, la décision de Pothier n'était pas aussi générale que celle du Code civil. Pothier n'annulait que la vente d'une succession future, il validait la renonciation à une succession non ouverte. C'est que ces renonciations étaient conformes aux institutions politiques et économiques de l'ancienne France.

Un des grands principes de notre ancien droit était la conservation des biens dans les familles; la royauté s'appuyait sur la noblesse; il fallait que celle-ci fût riche et puissante; dans ce but avaient été créés les droits d'aînesse et de masculinité, et la réserve coutumière. Pour augmenter la fortune du fils aîné et réunir tous les biens patrimoniaux sur sa tête, on trouvait un puissant auxiliaire dans les renonciations à succession future; on arrachait aux filles une renonciation à la succession de leurs père et

mère, et leur part héréditaire était attribuée à l'aîné. C'était dans le contrat de mariage que se réalisait cette renonciation. La fille déclarait qu'elle se contentait de sa dot et renonçait à tous droits héréditaires au profit de l'aîné. Cette institution, qui trouvait sa place dans le système de la conservation des biens dans les familles, a été abolie par les lois révolutionnaires, ainsi que tout ce qui constituait dans notre ancien droit la féodalité civile. « Cette prohibition a été consacrée par le Code civil dans l'article 791 ; le législateur de 1804 n'a pas voulu qu'un héritier, qu'un successible, pressé par le besoin, ou subissant l'influence de ses parents, renonçât à ses droits héréditaires pour une faible somme, pour un morceau de pain (Discours de Chabot au Tribunat). »

Il est donc absolument nécessaire de bien distinguer ces deux catégories de pactes sur succession future, lorsqu'il s'agit de rechercher si la disposition de notre Code civil qui les prohibe doit être considérée comme étant une loi territoriale.

La question ne soulève pas de grandes difficultés en ce qui concerne la prohibition des renonciations à successions futures. Nous croyons que cette classe de pactes successoires est prohibée par une loi réelle et d'ordre social. Ces conventions, en effet, rentraient dans l'ancien système de la conservation des biens dans les familles, elles constituaient un des éléments de la féodalité civile qui a été solennellement abrogée par les lois de la période intermédiaire; toute convention qui tendrait à la reconstituer même partiellement est contraire à l'organisation moderne de la société française. La loi qui les prohibe garantit les droits de la société. L'article 791 est donc une loi réelle. Les juges français devront refuser de sanc-

tionner toute renonciation anticipée faite par des étrangers à une succession ouverte en France; cette renonciation, qui aurait pour but d'augmenter la part d'un des enfants, est contraire au principe de l'égalité proclamé par la Déclaration des droits de l'homme. Tous les enfants d'un même père sont égaux; toute convention qui tendrait à rompre cette égalité est contraire aux principes de notre droit public.

La controverse est vive en ce qui concerne l'autre catégorie de pactes successoires, les ventes d'une succession non ouverte. La loi qui les prohibe est-elle une loi territoriale? La plupart des auteurs qui ont traité cette question considèrent les articles 1130 et 1600 du Code civil comme territoriaux. M. Brocher, le savant professeur de Genève, n'est pas aussi affirmatif; il croit que cette loi est d'une nature complexe, mais que toutefois le caractère de territorialité domine, parce que cette prohibition garantit le maintien de l'ordre successoral établi par la loi et touche par là à l'ordre social. M. Bertauld, dans ses *Questions de droit civil* (tome I, p. 36, n° 45), admet aussi la territorialité de la loi qui prohibe les pactes successoires; il déclare qu'en dehors des lois qui sont réelles par leur nature, il y a d'autres lois qui deviennent réelles par suite d'obstacles extérieurs paralysant les obligations des parties, obstacles qui tiennent à la cause ou à l'objet de l'obligation. C'est dans cette dernière catégorie de lois réelles que M. Bertauld range les pactes sur successions futures; nos tribunaux doivent les annuler parce que leur cause est immorale.

Nous ne croyons pas que cette opinion soit exacte; la vente d'une succession non ouverte n'est pas une convention immorale par elle-même; lorsqu'un individu

vend, pour une somme déterminée, ses droits dans une succession future, il veut s'assurer un bénéfice certain; il préfère posséder une somme fixe à la place de ses droits héréditaires dont l'étendue peut varier d'après la composition du patrimoine du *de cujus,* et le nombre de ses héritiers au jour de son décès.

En un mot, la vente d'une succession future constitue purement et simplement un contrat aléatoire. Or, ces contrats sont validés par le Code civil (art. 1104 et 1964). D'ailleurs notre Code reconnaît la validité de certains pactes successoires; c'est ainsi qu'il permet l'institution contractuelle. En législation, on devrait donc déclarer valables les pactes sur succession future, et en théorie on doit considérer comme non territoriale la loi qui les interdit.

Nous croyons donc que l'article 1600 n'est pas une loi territoriale; c'est une simple loi prohibitive qui rentre dans le statut personnel des Français. Il en résulte que cette disposition s'applique aux Français même à l'étranger, elle restreint leur capacité, et nous savons que la capacité d'une personne doit être la même en quelque endroit qu'elle se trouve. Si donc deux Français réalisaient entre eux la vente d'une succession future qui doit s'ouvrir à l'étranger, cette convention, nulle dans son principe pour défaut de capacité d'après la loi française, ne pourrait pas être reconnue valable à l'étranger. Mais, au contraire, nos tribunaux ne pourraient pas refuser de sanctionner la vente anticipée d'une succession qui s'est ouverte en France, lorsque cette vente d'une succession future s'est opérée entre deux étrangers, et à la condition qu'elle fût permise par leur loi nationale. L'autonomie des contractants étrangers exige cette solution;

si l'article 1600 interdit cette convention aux Français, ce n'est pas là une loi territoriale, elle ne sauvegarde aucun principe nécessaire à l'existence de la société. D'autres législations valident ce pacte et ne le considèrent pas comme contraire aux bonnes mœurs. C'est ici le cas d'appliquer la parole célèbre du procureur général Dupin : Aucun pays ne doit avoir la prétention de posséder le monopole de la moralité.

§ 3.

Application du principe aux lois qui ne reconnaissent pas la validité des dettes de jeu et prohibent les loteries.

C'est en vertu d'une haute considération de morale que les rédacteurs du Code civil ont, dans l'article 1965, refusé toute action pour les dettes de jeu. C'est en effet une grande cause d'immoralité que le jeu. La disposition de l'article 1965 est donc une loi réelle, une loi d'ordre social. Il importe à l'existence de la société que les citoyens cherchent la richesse dans le travail et non dans le jeu.

Les tribunaux français devront donc rejeter toute demande fondée sur une dette de jeu, alors même que la convention de jeu serait intervenue entre deux étrangers et qu'elle ne serait pas prohibée par leur loi nationale; le statut personnel doit céder devant une loi qui réprouve cette convention comme portant atteinte à la morale qui est le fondement de l'ordre social.

De même les juges étrangers, dont la loi nationale reconnaît la validité des dettes de jeu, ne devraient pas

sanctionner la convention de jeu intervenue entre deux Français.

Cette convention est frappée de nullité par la loi nationale des contractants. Nulle au moment de sa formation elle ne peut pas devenir valable, parce que le litige aura été porté devant un tribunal étranger. Il en serait de même encore si un Français intentait contre un étranger, devant un tribunal étranger, une action fondée sur une dette de jeu. Cette demande devrait être rejetée, car la loi nationale du Français lui interdit cette convention, elle domine sa capacité à ce point de vue.

En matière de conventions, le principe est l'autonomie des parties contractantes; elles peuvent se soumettre pour les obligations qu'elles contractent à telle loi étrangère qu'il leur plaît de choisir; mais leur autonomie cesse quand leur loi nationale leur interdit une convention comme contraire aux droits de la société. Les Français ne peuvent donc pas se soustraire à leur loi nationale qui prohibe les dettes de jeu. Si les étrangers n'ont pas action devant nos tribunaux pour une convention de jeu passée en France, ils peuvent porter leur action devant les tribunaux de leur pays pourvu que leur loi nationale reconnaisse la validité de cette convention. Le juge ne doit pas tenir compte dans ce cas du lieu où le contrat est intervenu; il doit appliquer sa loi nationale, lorsque cette loi est aussi celle des parties contractantes.

Par les mêmes motifs, les tribunaux français ne doivent pas reconnaître la validité d'une société formée à l'étranger pour l'exploitation d'une maison de jeu, alors même que cette société ne devrait ni fonctionner en France, ni y réclamer l'exécution des dettes de jeu contractées

envers elle, car cette société est formée dans un but que notre Code civil qualifie d'illicite et d'immoral (V. en ce sens un arrêt de la Cour de Paris (4e Chambre) du 31 mars 1849 (Dalloz, 1849. 2. 114). La deuxième Chambre de la même Cour avait rendu un arrêt en sens contraire un mois auparavant (Paris, 22 février 1849, Dalloz, 1849. 2. 105).

Le refus d'action pour les dettes de jeu, prononcé par l'article 1965, s'applique par identité de motifs aux jeux les plus dangereux, nous voulons parler des jeux de bourse, des paris sur le taux des effets publics. Ces paris sont plus graves que les jeux ordinaires; non-seulement ils portent sur des sommes considérables, mais encore ils constituent un agiotage funeste à la fortune publique. Au moyen de ces paris on fait hausser où baisser le taux des effets publics et on arrive à donner ainsi à certaines valeurs un taux tout à fait factice. L'agiotage conduit à ce que le langage moderne appelle un *krach,* dont les conséquences désastreuses ne sont que trop connues. Aussi notre Code pénal dans les art. 419, 421 et 422 punit-il de l'amende et même de l'emprisonnement ceux qui auront fait des paris sur la hausse ou la baisse des fonds publics.

Ce que nous venons de dire du jeu doit être étendu aux loteries. Aujourd'hui les loteries sont prohibées dans plusieurs États européens. En France, elles sont interdites d'abord par l'article 410 du Code pénal, et ensuite par la loi du 21 mai 1836 qui a complété la disposition insuffisante du Code de 1810. Toutefois, le gouvernement conserve le droit de les autoriser dans des cas exceptionnels, et dans d'autres États les loteries sont admises comme principe. Le conflit de législation existe donc.

Il faut décider sans hésitation que la loi qui interdit les loteries est une loi réelle, car elle protège la morale nécessaire à l'existence de l'État, elle ne permet pas que l'ouvrier prélève sur son salaire le prix d'un billet et en prive sa famille dans l'espoir d'un gain considérable. C'est une loi d'ordre social.

Les tribunaux français doivent donc déclarer nulle toute promesse d'argent faite par des Français en paiement de billets pris dans une loterie étrangère. La loi française de 1836 est une loi réelle. L'engagement pris par le Français est une obligation sur cause illicite; il est frappé de nullité par les articles 1130 et 1133 du Code civil. Il en serait de même si l'obligation avait été souscrite par un Français dans un pays où les loteries sont autorisées; la loi du lieu du contrat cède devant la loi française d'ordre social. La même solution devrait encore être admise dans le cas où la convention relative à une loterie serait intervenue entre deux étrangers. Le juge français saisi du litige devrait prononcer la nullité de la convention, en vertu de la loi française de 1836 qui est protectrice des droits de la société. Nous croyons même que les juges d'un pays où les loteries ne sont pas prohibées, devraient refuser leur sanction à une convention relative à une loterie, lorsqu'un Français serait partie à cette convention. En effet, la loi de 1836 est une loi prohibitive; elle interdit aux Français toute convention relative aux loteries, elle modifie à ce point de vue leur capacité contractuelle.

§ 4.

Application du principe aux lois sur la contrebande.

Les conventions relatives à la contrebande son certainement illicites, lorsque la contrebande doit se faire en violation des lois fiscales de la nation à laquelle appartiennent les contractants. Dans ce cas, la contrebande constitue un acte délictueux prévu et réprimé par les lois pénales. La question qui se pose en droit international est un peu différente. Il s'agit de savoir si on doit déclarer illicite et annuler la convention par laquelle des Français s'engagent à faire la contrebande en violation des lois de douanes étrangères, espagnoles par exemple.

Sur cette question deux opinions ont été soutenues par les jurisconsultes. Dans un premier système consacré par la jurisprudence et qui compte au nombre de ses partisans, MM. Massé, Pardessus, on soutient qu'un acte contraire à une loi étrangère est parfaitememt licite, pourvu qu'il ne soit pas contraire aux lois du pays où il est exécuté, à la loi nationale de ceux qui l'accomplissent, alors même que cet acte aurait précisément pour but la violation d'une loi étrangère. En effet, disait Vaslin dans notre ancien droit, il n'y a aucune raison d'interdire à un Français de faire sur un territoire étranger un commerce de contrebande qui n'est défendu que par les lois de ce pays; le Français n'est pas sujet de ce pays; il n'est donc pas soumis à l'observation des lois fiscales qu'il a plu au législateur de cet État de promulguer. C'est en vertu de

cet argument qu'un arrêt du Parlement d'Aix du 30 juin 1758, valida un contrat par lequel un contrebandier avait fait assurer les marchandises qu'il exportait en violation de la loi espagnole. Cet arrêt décida que la saisie des marchandises obligeait l'assureur à indemniser l'assuré de cette perte.

Nous ne saurions admettre un pareil système. Nous croyons que toute convention relative à la contrebande, même lorsqu'elle doit être opérée en pays étranger, est toujours illicite. En effet, il ne faut pas se placer, comme le faisait Vaslin, au point de vue de la souveraineté, et déclarer licite la contrebande opérée par un Français en Espagne, parce qu'elle n'est contraire qu'à la loi espagnole et qu'elle ne viole pas la loi française.

Cette convention est illicite au point de vue de la loi française, parce qu'elle est contraire aux bonnes mœurs. Cela résulte formellement de l'article 1133 du Code civil aux termes duquel une obligation est illicite quand sa cause est prohibée par la loi ou contraire aux bonnes mœurs.

La contrebande ne peut pas constituer une cause licite d'obligation. En effet, c'est voler un État étranger que de violer ses lois fiscales en faisant la contrebande. Le vol commis dans notre espèce au préjudice de l'État espagnol n'est pas moins un acte immoral, bien qu'il ne constitue pas un délit prévu et réprouvé par notre Code pénal. La contrebande est un acte immoral, personne ne peut le nier; la jurisprudence elle-même l'avoue. Un arrêt de la Cour d'appel d'Aix du 30 août 1833 (Sirey, 1834. 2. 161) déclare que la contrebande est un vice commun à toutes les nations; si elle est un acte immoral, elle constitue une cause illicite d'obligation, et, d'après

l'article 1131, cette obligation doit être déclarée nulle par les tribunaux français.

C'est d'ailleurs en notre sens que se prononçait notre grand jurisconsulte Pothier dans son traité du *Contrat d'assurances* (n° 58) : « Il est faux, dit Pothier, qu'il soit permis à un Français de faire dans un pays étranger un commerce de contrebande défendu par les lois de ce pays. Ceux qui commercent dans un pays sont, par le droit des gens et par la loi naturelle, obligés de se conformer pour ce commerce aux lois du pays où ils le font..... D'ailleurs, quand même, ce qui est faux, un Français ne serait pas par lui-même sujet aux lois de l'Espagne pour le commerce qu'il y fait, on ne peut pas disconvenir que les Espagnols, dont il est obligé de se servir, sont sujets à ces lois et qu'ils pèchent grièvement en concourant à l'exportation qu'elles défendent..... Ce commerce est donc illicite et contraire à la bonne foi; et, par conséquent, le contrat d'assurance qui intervient pour favoriser et assurer ce commerce, en chargeant l'assureur des risques de la confiscation, est particulièrement illicite, et ne peut, par conséquent, produire aucune obligation. »

La Cour de Pau, dans un arrêt du 11 juillet 1834, objecte que la contrebande n'est pas immorale, qu'elle est acceptée par les mœurs, que l'opinion publique ne flétrit nullement celui qui fait la contrebande. Cet arrêt a été confirmé par un arrêt de la Cour de cassation en date du 25 août 1835 (Sirey, 1835. 1. 673). Mais une telle doctrine n'est certes pas exacte ; elle résulte d'une véritable altération de la morale publique. La contrebande est un délit, elle constitue un vol. La violation des droits de douane est un vol au préjudice de l'État; il est tout aussi ré-

préhensible de voler un État étranger que de voler l'État auquel on appartient. Il n'y a aucune différence au point de vue de la morale entre le fait de tromper l'État, de le frauder, et le fait de dépouiller un particulier. Le vol n'est pas plus excusable quand il est commis au préjudice de l'État que quand il est commis au préjudice des particuliers.

On objecte encore que l'obligation relative à la contrebande étrangère n'a pas une cause illicite, parce que cet acte est licite au point de vue de notre Code pénal, lequel ne punit que la contrebande qui viole les lois fiscales françaises. Nous répondons que pour qu'une obligation soit illicite conformément aux articles 1131 et 1133 du Code civil, il n'est pas nécessaire que le fait qui lui sert de cause soit prévu et réprimé par le Code pénal. Il suffit, aux termes de l'article 1133, que ce fait soit contraire aux bonnes mœurs. La convention par laquelle des Français s'engagent à faire la contrebande en Espagne n'est pas prévue et réprimée par le Code pénal de 1810, mais elle est contraire aux bonnes mœurs, et partant elle est nulle et de nul effet (art. 1131, 1132, 1133).

D'autres auteurs invoquent en faveur de la contrebande étrangère la théorie de la réciprocité; les étrangers volent la France en y faisant la contrebande; il doit donc être permis aux Français de faire la contrebande à l'étranger. C'est ce qu'exprime M. Massé (*Droit commercial*, tom. I, n° 568), en disant que « la contrebande rétablit entre les rapports commerciaux une balance qui serait continuellement rompue, si une nation trop scrupuleuse s'abstenait d'un commerce interlope que se permettent les étrangers. » Cette doctrine, fondée sur l'équilibre des intérêts commerciaux, ne saurait être admise. Nous avons établi en effet que la base du droit international n'est

pas l'intérêt, qu'elle ne doit consister qu'en un principe de droit. L'intérêt ne peut être la règle des relations internationales. D'ailleurs, cet intérêt qu'on invoque n'existe pas, un État ne retire aucun avantage de ce que ses sujets se livrent à la contrebande à l'égard d'un État étranger. Aussi M. Demangeat a-t-il grandement raison de préférer « la doctrine honnête de Pothier à la doctrine économique de Vaslin, de Massé et de Pardessus. » (Voir M. Demangeat sur Fœlix, tom. I, p. 236, note *a*.) Il faut remarquer seulement que l'économie politique ne justifie pas la contrebande; elle combat, il est vrai, les lois fiscales au nom d'un libre échange, mais on ne peut soutenir qu'elle prêche la violation de ces lois, et que les contrebandiers, en contrevenant aux lois prohibitives, soient des apôtres du libre échange.

Aujourd'hui la grande majorité des auteurs condamne la contrebande étrangère, qui n'est reconnue que par la jurisprudence en Italie. Fiore flétrit la contrebande, et Beccaria dit qu'elle constitue un vol. En Allemagne, Mohl s'élève contre la contrebande au nom de la morale, il montre qu'un État ne doit pas autoriser la contrebande étrangère, parce que des sujets habitués à violer les lois des pays voisins, ne respecteront guère les lois de leur propre pays. C'est d'ailleurs un fait constant que les habitants des frontières qui se livrent à la contrebande sont une population dangereuse, au sein de laquelle les crimes sont fréquents. M. Brocher, le savant professeur gènevois, nous dit que la contrebande « attire sur les frontières une population dont les habitudes sont irrégulières et dangereuses. Il semble donc que chaque État devrait la considérer comme un fait immoral et contraire à l'ordre public, même quand elle s'exercerait contre l'étran-

ger. Mais tout un passé ténébreux de rivalités égoïstes et jalouses, pèse sur ces rapports qu'il a couverts d'obscurité. » Notons enfin que les légistes anglo-americains, et à leur tête Kent et Story, se sont déclarés les adversaires de la contrebande internationale.

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

1° La *restitutio in integrum* n'est pas antérieure à l'action de dol.

2° L'action de dol est subsidiaire.

3° Les lois 20 et 25 du titre *De dolo malo*, ne sont pas contradictoires.

4° L'action *de dolo* est donnée *noxaliter* contre le maître ou le père de l'individu *alieni juris* coupable de fraude.

5° Un contrat de bonne foi déterminé par un dol même principal n'est pas nul.

6° La distinction du dol en principal et incident, a été imaginée par les commentateurs.

7° Le dol peut résulter d'une abstention ou d'une réticence.

DROIT FRANÇAIS.

1° Si un étranger cède à un Français la créance qu'il a contre un autre étranger, le cessionnaire français pourra assigner le cédé devant un tribunal français.

2° L'interdit judiciaire ne peut pas se marier.

3° Le bénéfice de la séparation des patrimoines ne constitue pas un privilège.

DROIT CRIMINEL.

1° Pour que les tribunaux de répression puissent prononcer les peines de la banqueroute simple ou de la banqueroute frauduleuse, il faut que la faillite ait été déclarée par un jugement du tribunal de commerce; l'état de cessation de paiements ne suffit pas.

2° La cour d'assises peut admettre en faveur du contumax l'existence de circonstances atténuantes.

3° Le condamné par contumace n'est pas frappé de l'interdiction légale.

DROIT DES GENS.

1° L'annexion ne produit un changement de nationalité qu'à l'égard des sujets de l'État démembré qui ont leur domicile sur le territoire annexé et l'y conservent.

2° Les jugements rendus au nom de l'autorité française dans les pays cédés par la France, conservent sur notre territoire toute la force exécutoire que nos tribunaux leur ont conférée.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

1° Les parties contractantes peuvent choisir la loi qui régira leurs conventions.

2° Dans le silence de la convention, la loi dù contrat doit être déterminée d'après l'intention présumée des parties.

3° Si les parties ont la même nationalité, on doit présumer qu'elles ont soumis leur contrat à leur loi personnelle.

4° La *lex loci contractùs* ne s'applique aux conditions intrinsèques de validité du contrat qu'à titre exceptionnel.

5° Le contrat conclu par lettre devient parfait au moment où l'acceptation est connue de l'offrant.

6° A défaut de contrat de mariage, c'est la loi personnelle du mari qui détermine le régime matrimonial des époux.

7° Ce n'est pas toujours la loi du lieu où le prêt a été conclù qui doit déterminer le taux de l'intérêt conventionnel. C'est la loi du lieu où les capitaux doivent être employés.

8° La loi qui régit le taux des intérêts doit être respectée par les juges étrangers devant lesquels le débat est porté, alors même que la loi de ces juges étrangers déclarerait ce taux usuraire.

9° La demeure est régie par la loi du contrat.

10° La prescription libératoire est régie par la loi qui a présidé à la naissance de l'obligation.

Vu par le Président de la thèse,

C. BUFNOIR.

Vu par le Doyen,

CH. BEUDANT.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

ERRATA.

Page 12, ligne 13; *au lieu de : prescriptis verbis, lisez : præscriptis verbis.*

Page 100, ligne 16; *au lieu de :* de l'état antérieur de dol, *lisez :* l'état antérieur au dol.

Page 107, ligne 15; *au lieu de :* rei persecutoria, *lisez :* pœnæ persecutoria.

Page 114, ligne 27; *au lieu de :* ex aliene, *lisez :* ex alieno.

Page 115, avant-dernière ligne; *au lieu de :* la manière, *lisez :* la matière.

Page 166, ligne 11; *au lieu de :* la contestation fut décrétée, *lisez :* la contestation fut décidée.

Page 183, ligne 22; *au lieu de :* elles on dû, *lisez :* elles ont dû.

Page 193, ligne 16; *au lieu de :* locis contractus, *lisez :* loci contractùs.

Page 194, ligne 23; *au lieu de :* locus regit actum, *lisez :* lex loci contractùs.

Page 204, ligne 10, *au lieu de :* anglaise, *lisez :* française.

Page 213, ligne 26; *au lieu de :* la plupart des anciens, *lisez :* la plupart des auteurs.

Page 221, ligne 13; *au lieu de :* ce qui est, *lisez :* ce qu'il est.

Page 223, ligne 15; *au lieu de :* que les conjoints soient, *lisez :* que les conjoints fûssent.

Page 231, ligne 25; *au lieu de :* posso, *lisez :* porro.

Page 233, ligne 10; *au lieu de : die, lisez : dic.*

Page 243, ligne 7; *au lieu de : apparat, lisez : apparet.*

Page 244, ligne 10; *au lieu de :* jusq 'ici, *lisez :* jusqu'ici.

Page 284, ligne 6; *au lieu de :* napplicable, *lisez :* inapplicable.

Page 294, ligne 28; *au lieu de :* propritaires, *lisez :* propriétaires.

TABLE DES MATIÈRES.

DROIT ROMAIN.

DE L'ACTION DE DOL.

INTRODUCTION GÉNERALE ET HISTORIQUE.

Pages.

Notion générale du dol en droit romain et en droit français.. 1

Évolution de la doctrine des Prudents en ce qui concerne la notion du dol. Diverses définitions qu'ils en ont données.. 3

Distinction du *dolus bonus* et du *dolus malus*.............. 7

Effet du dol sur les actes juridiques...................... 9

Dans quel cas le dol était-il réprimé par le *jus civile*. 10

Loi *Plætoria*.. 11

Contrats de bonne foi : distinction du dol principal et du dol incident... 11

Clausula doli jointe aux contrats de droit strict........... 17

Les *condictiones*.. 19

Pétition d'hérédité et S.-C. Juventien..................... 20

Cas dans lesquels le dol n'était pas réprimé par le *jus civile*; moyens imaginés par le préteur pour faire régner l'équité.. 22

Exception de dol... 23

Action de dol.. 24

Pages.
Restitutio in integrum.................................. 27
Ordre de création des moyens prétoriens. L'action de dol n'a pas été créée par le préteur Aquilius Gallus postérieurement à l'institution de la *restitutio in integrum*.............. 30
L'exception de dol a été créée la première par le préteur Cassius, vers le milieu du VIIe siècle de Rome............ 34

CHAPITRE PREMIER.

Conditions d'exercice de l'action de dol.

Énumération des conditions............................ 36
SECTION I. — DE LA *causæ cognitio*........................ 36
Raisons d'être de cette *causæ cognitio*. Sur quoi elle doit porter.. 37
Le magistrat doit rechercher si le défendeur a commis des faits caractérisés de dol.............................. 37
Il recherche ensuite si le préjudice est d'une certaine importance : de *minimis non curat prætor*................... 39
Il ne l'accorde que si le demandeur ne s'est pas lui-même rendu coupable de dol dans le même acte juridique....... 43
SECTION II. — CARACTÈRE SUBSIDIAIRE DE L'ACTION DE DOL...... 46
Réfutation du système qui refuse à l'action de dol le caractère subsidiaire...................................... 47
§ 1 : *Étendue d'application de la règle que l'action de dol est un* ULTIMUM REMEDIUM.................................. 55
Principe en cette matière................................ 55
Première proposition : L'action de dol n'est donnée qu'à défaut de toute autre action, et ce mot est pris ici dans son sens le plus large.. 55
Aussi le magistrat la refuse au demandeur investi d'une action pénale, et à celui qui peut exercer une *actio popularis*... 57
A celui qui est investi d'un interdit..................... 59
A celui qui peut obtenir une *restitutio in integrum* fondée sur le dol.. 59
A celui qui peut invoquer une exception.................. 60
Deuxième proposition : L'action de dol est refusée à la victime du dol qui peut invoquer un moyen de défense contre un tiers étranger à la fraude............................. 62

Pages.

Troisième proposition : L'action de dol est refusée à la partie lésée qui a perdu, par sa faute, un moyen de recours.... 64

§ 2 : *Conséquences du caractère subsidiaire de l'action de dol*... 68

Le magistrat doit la refuser quand le dol a été commis dans un contrat *bonæ fidei*.......................... 68

Il la refuse encore lorsqu'il est intervenu entre les parties une *cautio de dolo*.................................. 71

Étude de la *stipulatio de dolo*................................ 72

CHAPITRE II.

Des parties à l'action de dol.

L'action de dol n'est donnée qu'à la partie lésée par le dol.. 76

Elle n'est donnée que contre l'auteur du dol; elle est *scripta in personam*, tandis que l'action *quod metus causa* est *in rem scripta*.. 77

Diverses explications de cette différence entre l'action *de dolo* et l'action *quod metus causa*......................... 79

Mais ces deux règles souffrent plusieurs exceptions......... 81

§ 1. *Exceptions à la règle que l'action de dol doit être donnée à la partie lésée*................................. 82

Exceptions indiquées par Ulpien dans la loi 11, § 1, *De dolo malo*.. 82

Motifs de ces exceptions.................................. 83

Action *in factum* donnée au fils pour obtenir réparation du préjudice qui lui a été causé par le dol de son père...... 86

§ 2. *Exceptions à la règle que l'action* DE DOLO *n'est donnée que contre l'auteur du dol*................................ 89

Elles sont fondées sur le principe que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui................................. 89

Première application : Le pupille ne peut être poursuivi à raison du dol de son tuteur que *quatenus locupletior factus est*... 89

Deuxième application : Dans la même limite, tout représenté peut être poursuivi à raison du dol de son représentant... 91

Dans ces divers cas, est-ce une véritable action *de dolo* qui est dirigée contre le représenté?........................ 91

CHAPITRE III.

Caractères et effets de l'action de dol.

Pages.
Rappel des caractères déjà signalés...................... 93
L'action est prétorienne................................ 93
Elle est *concepta in factum*............................ 93
Elle est personnelle.................................... 94
Elle est subsidiaire.......... 94
Elle est *famosa*.. 94
SECTION I. — CARACTÈRE ARBITRAIRE DE L'ACTION DE DOL....... 95
Étude de la satisfaction imposée au demandeur par l'*arbitrium* du juge.. 95
A. Etude de cette satisfaction dans le cas où le dol a eu pour résultat la formation d'un acte juridique................ 96
S'il est possible de détruire les effets de cet acte juridique, le *jussus judicis* imposera au défendeur l'obligation de les détruire.. 96
La satisfaction consiste en une somme d'argent quand il n'est pas possible de détruire les effets de l'acte juridique qui est le résultat du dol.............................. 98
B. Étude de cette satisfaction dans le cas où le dol a eu pour résultat de causer un dommage matériel................ 101
Si le défendeur refuse de fournir la satisfaction arbitrée par le juge, il encourt une condamnation.................. 103
Qui détermine le montant de la condamnation............. 104
Dans la formule de l'action de dol, la *condemnatio* est toujours *incerta*.. 105
SECTION II. — CARACTÈRE PÉNAL DE L'ACTION DE DOL.......... 106
Elle n'est *pœnæ persecutoria* qu'à *parte rei*............... 107
Est-elle toujours pénale envers le défendeur?............. 108
Première conséquence de ce caractère pénal : L'action de dol est donnée *noxaliter* contre le maître ou le père de l'individu *alieni juris*, coupable de dol......................... 109
Deuxième conséquence : L'action de dol n'est pas transmissible passivement.. 112
Troisième conséquence : Elle est annale..................... 115

APPENDICE.

Actions in factum données subsidiairement à l'action de dol.

Pages.

Différences générales entre ces actions et l'action de dol.... 118

Hypothèses dans lesquelles l'action *in factum* subsidiaire à l'action de dol n'est pas pénale........................ 119

Hypothèses dans lesquelles le résultat de l'action *in factum* n'est pas limité à l'enrichissement du défendeur......... 120

L'action *in factum* peut enfin être donnée toutes les fois qu'un préjudice a été causé sans droit à une personne, mais aussi sans que l'auteur du dommage ait commis un dol... 121

DROIT FRANÇAIS.

INTRODUCTION.

Les conventions tiennent lieu de loi aux parties qui les ont faites. Comment peuvent se produire des conflits de lois en cette matière.................................. 126

Limitation du sujet de la thèse aux conflits de lois sur la substance des contrats.............................. 127

Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges entre parties étrangères.................................. 128

Force obligatoire en France des lois étrangères et des règles du droit international privé. Leur violation peut-elle donner ouverture à un pourvoi en cassation?.......... ... 131

Où trouver, dans le silence du Code civil, les règles du droit international privé................................. 134

Peut-on puiser, à cet égard, des renseignements dans le droit romain.. 135

Pages.

Les règles posées par les anciens jurisconsultes français, à propos des conflits entre les diverses coutumes de France, peuvent s'appliquer aux conflits de lois 138
Théorie des statuts 139
A l'époque de Dumoulin, la théorie des statuts se complique; la question change de face 143
D'Argentré 144
Du Moulin 145
Guy Coquille 147
Jurisconsultes français du xviiie siècle 148
Froland 149
Boullenois 150
Quelle est, d'après Boullenois, la loi du contrat 153
Quels effets du contrat sont régis par la *lex loci contractùs?* Les effets directs 154
Par quelle loi sont régis les effets indirects des contrats 157
Bouhier 159
Quelle est, d'après Bouhier, la loi du contrat 160
Conclusion sur l'ancien droit 166
Réfutation de la théorie des statuts 167
Quelle théorie adopter comme base du droit international privé 169
Réfutation du système de la réalité des lois, et de la théorie de la courtoisie internationale 170
Établissement du système de la personnalité des lois fondée sur l'idée de nationalité 173
Division de notre étude 177

CHAPITRE PREMIER.

De la loi qui régit les contrats.

Quelle loi doit régir les éléments essentiels des contrats 179
Principe de l'autonomie des parties contractantes, leur volonté est souveraine 179
Limitation à cette règle; la volonté des parties n'est plus souveraine quand l'ordre public est en jeu 180
Quelle est la loi des contrats quand les parties ne l'ont pas choisie expressément. Deux systèmes 180

Pages.

Réfutation du système qui soumet les contrats à la loi du lieu où ils ont pris naissance........................ 181
Deuxième système : Quand les parties n'ont pas exprimé leur volonté, on doit présumer que leur intention a été de soumettre leur contrat à leur loi personnelle............ 184

SECTION I. — DU CONTRAT FAIT A L'ÉTRANGER PAR DES PARTIES QUI ONT LA MÊME NATIONALITÉ.

Dans le silence des parties qui ont la même nationalité, leur contrat est régi par leur loi nationale.................. 185
La loi personnelle qui régit les contrats, quand les parties ont omis de régler ce point, ce n'est pas la loi de leur domicile, mais leur loi nationale............................. 187

SECTION II. — DU CONTRAT FAIT A L'ÉTRANGER PAR DES PARTIES DE NATIONALITÉ DIFFÉRENTE.

La règle doit encore être puisée dans l'intention présumée des parties, qui n'ont pas expressément manifesté leur volonté... 190
Ce n'est plus leur loi personnelle....................... 192
C'est la *lex loci contractùs*............................ 193
Cette règle doit-elle être étendue aux contrats unilatéraux... 194

§ 1. *Quelle est la* LEX LOCI CONTRACTÙS, *quand le contrat se forme entre parties présentes*......................... 197

La *lex loci contractùs*, c'est la loi du lieu où le contrat s'est formé par l'échange des consentements................ 197
Ce n'est pas la loi du lieu où le contrat doit recevoir son exécution.. 200
Application de ce principe au contrat de transport......... 203

§ 2. *Quelle est la* LEX LOCI CONTRACTÙS, *quand le contrat ne se forme pas entre parties présentes*..................... 205

La difficulté consiste à savoir quand et dans quel lieu s'est réalisé le concours des volontés...................... 205
Contrat par correspondance.............................. 205
Contrat formé par l'intermédiaire d'un mandataire......... 213
Théorie de la ratification.............................. 218

SECTION III. — RÈGLES SPÉCIALES AU CONTRAT DE MARIAGE...... 222

§ 1. *Quelle loi régit le contrat de mariage fait par les époux*... 223

On applique ici le principe de l'autonomie des parties contractantes; la loi sur le contrat de mariage n'est pas un statut personnel d'ordre public....................... 223

Pages.

Restrictions au principe de la liberté des conventions matrimoniales 225

En l'absence de clause expresse, le contrat de mariage est régi par la loi nationale du mari 229

§ 2. *Quelle loi détermine le régime nuptial des époux qui n'ont pas fait de contrat de mariage* 230

Le législateur donne un contrat de mariage à ceux qui n'en ont pas fait 230

Quel est le régime de droit commun des deux époux mariés sans contrat 231

Ce n'est pas la loi du domicile matrimonial qui le détermine. 235

C'est la loi nationale du mari qui fixe le régime de droit commun 236

Mais ce n'est pas la loi du domicile du mari 239

CHAPITRE II.

Étendue normale d'application de la loi du contrat.

La difficulté ne peut se présenter que relativement aux effets des contrats qui ne sont pas les mêmes d'après toutes les législations 243

SECTION I. — ON NE DOIT PAS DISTINGUER ENTRE LES EFFETS ET LES SUITES DES CONTRATS.

Exposition de la théorie de Fœlix sur la distinction des effets et des suites 244

Réfutation de ce système 246

Contradictions de Fœlix relativement à la résolution de la vente pour non-paiement du prix, à la rescision pour lésion et à la demeure dans les contrats 250

Justification de la théorie qui rejette la distinction des effets et des suites 253

SECTION II. — APPLICATIONS DE LA LOI DU CONTRAT A TOUS SES EFFETS.

§ 1. *Application à l'exécution et à l'inexécution totale des contrats* 255

Application à l'obligation de livrer; théorie des risques et théorie des fautes 256

Application à la transformation de l'obligation inexécutée en dommages-intérêts 258

Pages.

§ 2. *Application du principe à l'exécution tardive du contrat.* Demeure et dommages-intérêts moratoires.................. 259
§ 3. *Application du principe aux intérêts conventionnels*...... 262
Quelle loi dans le silence des parties détermine le taux des intérêts qu'elles ont stipulés.......................... 262
Quelle loi détermine le taux des intérêts légaux?........... 267
Quelle loi doit déterminer si une stipulation est nécessaire pour faire courir les intérêts.......................... 268
Quelle loi doit régir les intérêts qui courent en vertu d'une demande en justice.................................. 268
§ 4. *Application du principe à la confirmation*............... 270
La confirmation est un acte distinct du contrat primitif; elle ne peut pas être soumise à la même loi que lui.......... 272
§ 5. *Application du principe à la résolution des contrats et à la révocation des donations*............................ 274
Théorie de Fœlix.. 274
Résolution des contrats.................................. 275
Révocation des donations.................................. 277
§ 6. *Application du principe aux effets du contrat de mariage*.. 279
La loi du contrat de mariage régit tous ses effets sans distinction.. 282

CHAPITRE III.

Quelles restrictions doivent être apportées à l'application de la loi du contrat.

La liberté des parties contractantes trouve sa limite dans les droits de la société.................................. 286

Section I. — Quelles lois font échec a l'application de la loi du contrat.

Quelles sont les lois territoriales......................... 288
Théorie des réalistes statutaires et des réalistes anglo-américains.. 289
Il n'y a de lois territoriales que celles qui sont relatives aux droits de la société................................. 291
A quel signe doit-on reconnaître les lois d'ordre social...... 292
Théorie du Code civil sur les lois d'ordre social........... 293

Pages.

Il ne faut pas confondre les lois d'ordre public et les lois de droit public.. 295

SECTION II. — RECHERCHES DE QUELQUES LOIS RELATIVES AUX DROITS DE LA SOCIÉTÉ.

Ce sont d'abord les lois de police et de sûreté............. 297

§ 1. *Application du principe aux lois qui limitent le taux de l'intérêt*.. 298

Les lois qui limitent le taux de l'intérêt ne sont pas des lois d'ordre social.................................... 299

Le taux de l'intérêt doit-être régi par la loi du contrat...... 301

Importance spéciale, en matière de prêt à intérêts, de la loi du lieu où le contrat a pris naissance................. 303

§ 2. *Application du principe à la vente de la chose d'autrui et aux pactes sur succession future*..................... 304

L'article 1599 du Code civil n'est pas une loi territoriale..... 304

En ce qui concerne les pactes sur succession future, il faut faire une distinction................................ 306

La loi qui prohibe les renonciations à succession future est une loi réelle et d'ordre social (art. 791)................. 306

Mais la loi qui prohibe la vente d'une succession future (art. 1600) n'est pas une loi territoriale..................... 308

§ 3. *Application du principe aux lois qui ne reconnaissent pas la validité des dettes de jeu et des loteries*............... 309

La loi qui refuse une action au joueur est une loi d'ordre social... 309

Il en est de même de la loi qui prohibe les loteries......... 311

§ 4. *Application du principe aux lois sur la contrebande*...... 313

On doit déclarer illicite et annuler toute convention par laquelle deux nationaux s'engagent à faire la contrebande en violation des lois étrangères........................ 314

POSITIONS.. 319

BAR-LE-DUC, IMPRIMERIE CONTANT-LAGUERRE.

LIBRAIRIE L. LAROSE ET FORCEL

22, rue Soufflot, Paris

OUVRAGES DE DROIT

SCIENCES, ARTS, LITTÉRATURE, ETC.

NEUFS ET D'OCCASION

BAR-LE-DUC, IMPRIMERIE CONTANT-LAGUERRE.

